

## **DISCUSIONES EN TORNO AL SIGNIFICADO DE PRESUNCIÓN JURÍDICA**

**Román Rodríguez Salom\***

### **Resumen**

En la práctica forense, los tribunales tienden a confundir la concepción vulgar de las presunciones con sus perfiles técnicos jurídicos, y, con ello, a subvertir las exigencias lógicas y epistemológicas propias de las presunciones en sus connotaciones inductivas. Aquí intentamos ordenar estas cuestiones, al tiempo que pretendemos establecer el canon racional a la que han de estar sometidas las presunciones como mecanismos probatorios, a fin de darle mayor y mejor contenido a las exigencias de gravedad, precisión y concordancia como requisitos para acordar la procedencia de las presunciones en la fijación de los hechos en materia jurídica.

**Palabras clave:** presunciones, gravedad, precisión, concordancia, inducción.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor Titular de la Escuela de Ciencias Políticas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela. Área temática: Filosofía Política y Ética. Teorías sobre la Justicia y el Derecho. Correo Electrónico: romrosa@yahoo.com.

Este trabajo se ha llevado a cabo contando con la ayuda prestada por el Consejo de Desarrollo Científico y Tecnológico de la Universidad de los Andes al Proyecto signado con el siguiente código: D-233-03-09-C.

## DISCUSSING IN REGARD TO THE MEANING OF THE LEGAL PRESUMPTION

### Abstract

In forensic practice, courts tend to confuse the vulgar conception of assumptions with its legal technical profiles, and thus, to subvert the logical and epistemological requirements of the assumptions in its inductive connotations. Here we try to sort these issues, while we intend to establish rational barrel which must be subjected presumptions as probative mechanisms, in order to give more and better content demands of gravity, precision and concordance as requirements to agree on the origin of presumptions in the fixing legal facts.

**Key words:** assumptions, gravity, precision, concordance, induction.

### Introducción

Ya hemos podido observar en un artículo anterior<sup>1</sup> que la promiscuidad del lenguaje (esto es, aplicación de una terminología homogénea a realidades heterogéneas como si no lo fueran) en nuestro ámbito de estudio obliga a establecer las herramientas conceptuales que aceptamos como puntos de partida. Cualquier análisis del jurista comienza habitualmente con la determinación del significado de las palabras que entran a formar parte de la proposición normativa o del grupo de proposiciones normativas que constituyen el objeto de su estudio, lo que es más necesario cuando, como en nuestro caso, al concepto adolece por completo de claridad (Rosenberg, 1956: 181)<sup>1</sup>. Este análisis tiende a fijar el conjunto de las reglas que establecen el uso de una determinada palabra (Bobbio, 1989: 9).

Y es que en el estudio de las presunciones nos parece necesario destacar que las controversias que se presentan muy a menudo entre los juristas nacen de las distintas reglas establecidas para el uso del término presunción<sup>2</sup>, y, además, de que se asimile el concepto jurídico al concepto vulgar referido en líneas anteriores<sup>3</sup>. Así, puede observarse que, por utilizarse el sentido técnico jurídico en algunos casos y el sentido corriente en otros, se producen consecuencias distintas en el análisis de los diferentes autores.

---

<sup>1</sup> Las presunciones jurídicas. *Dikaiosyne* N° 28 (2013).

La controversia que así se presenta resultaría insoluble de antemano. No se trata, como es obvio, de encontrar un único modo de captar la realidad de las presunciones; sí, en cambio, de ponerse de acuerdo sobre el uso de la presunción como institución jurídica, ya que de lo contrario las contradicciones son irremediabiles puesto que los autores estarían hablando lenguajes distintos. Lo más lamentable es que se concentren los esfuerzos en demostrar lo imposible, esto es, que la disputa está en la diversidad de la cosa cuando, en realidad, se reside en la diversidad de significado del lenguaje con que se refieren a la cosa en sí.

Pero lo anterior no empaña a la utilidad que, en cierto modo, subyace en las controversias generadas respecto a las presunciones, porque éstas han permitido —como ya hemos indicado en líneas anteriores—, aun entre luces y sombras, la regulación jurídica en esta materia, y han impedido que se comenten los mismos errores en que incurrieron los tratadistas del siglo XVIII. Así, ya L. Rosenberg al referirse a los “pecados” de la doctrina y jurisprudencia alemana respecto al tratamiento de las presunciones, señalaba que ocurría “lo mismo que ocurrió en el siglo XVIII; no se impone a las partes la carga de la prueba de sus afirmaciones porque se presume lo contrario, sino al revés: porque una parte debe suministrar la prueba de sus afirmaciones de acuerdo con otros principios, se habla de una presunción en contra de estas afirmaciones” (1956: 180).

En las líneas que siguen procuraremos precisar las connotaciones que deben acompañar al concepto técnico jurídico de las presunciones, tratando de remar contra la promiscuidad reseñada supra. No sobra decir que “uno de los principales motivos que ha determinado el confusionismo que se nota entre los juristas, tanto prácticos como teóricos, al tratar de la presunción jurídica, se debe al hecho de no haber sabido deslindar completamente el sentido vulgar del término presunción de su sentido jurídico” (Serra Domínguez, 1963: 7).

## **1.- La pluralidad de concepciones doctrinales**

Sentado lo anterior, el problema con el que nos enfrentamos es el de la falta de un concepto doctrinal preciso de la presunción. A poco que se medite en el panorama doctrinal nos damos cuenta de la realidad de nuestra afirmación: para algunos, dicho concepto debe ser unitario (Serra Domínguez, 1963; Carnelutti, 1964), otros renuncian a esta posibilidad; también se ha considerado como un medio de prueba. Y no falta quienes precisen a la presunción como actividad mental realizada por el juzgador, de suerte que constituye una operación lógica que parte de un hecho

conocido para llegar a otro desconocido o incierto que, en virtud de la existencia del primero, se considera como existente<sup>4</sup>.

### 1.1.- La polémica en la doctrina española.

En España han polarizado la discusión los trabajos de J. Carreras y M Serra Domínguez. Según el primero, las presunciones son,

“Juicios sobre la probabilidad de unos hechos, verificados indistintamente por el legislador o el órgano jurisdiccional, en cuanto sujetos con autoridad para regular las conductas ajenas, como instrumentos de fijación del supuesto de hecho de una norma legislada o de los hechos en que se ha de fundar la sentencia jurisdiccional, tomando como base un hecho distinto, elegido apriorísticamente o fijado de modo formal como acaecido históricamente” (Carreras, 1962: 370).

Existen varias razones por las que no podemos compartir este concepto del ilustre tratadista español ni los razonamientos subyacentes a su concepción.

1.- En primer lugar, el fundamento mismo del concepto, amparado sobre la concepción de probabilidad en los términos planteados por el autor. Como este es un punto que trataremos con amplitud más adelante, basta con señalar aquí que los distintos grados de certeza a que se refiere el autor, con todo y ser ciertos, no implican encasillamiento alguno, ni para limitar el uso de las presunciones, ni para alcanzar una concepción coherente del instituto de la presunción que pueda motivar (ofrecer) alternativas —y posibles soluciones— a problemas que, al estar presentes en la realidad que subyace en el sistema jurídico de cualquier país, plantean la aparición de normas presuntivas en el Ordenamiento jurídico y/o en la actividad del sujeto encargado de trazar conductas ajenas.

2.- En segundo lugar, no es cierto —como tendremos ocasión de examinar— que exista verdadera disyuntiva entre certeza y probabilidad, así como tampoco lo es que, dentro de esa disyuntiva, la presunción sólo pueda fundar una probabilidad cualificada, en cualquier caso distinta (e inferior) a la de otros medios probatorios; de ahí que haya que matizar la posición del autor, en el sentido de que la presunción sí que puede permitir, al igual que otros medios de prueba, la suficiencia probatoria sobre los hechos y no, como pretende hacer ver el autor, una mera probabilidad cualificada. Sobre esto volveremos más adelante.

3.- En tercer lugar, es necesario destacar que esta concepción no delimita el ámbito técnico jurídico de la presunción y, por quedarse imbuida en su noción vulgar<sup>5</sup>, fomenta la llamada hipovaluación (Serra Domínguez, 1981: 552) o *capitisdiminuir* (Muñoz, 1993: 70) de las presunciones.

4.- En cuarto lugar, y como consecuencia del punto que antecede, no logra avanzar en la concepción técnico-jurídica del concepto, porque para este propósito pone el énfasis en la cualidad subjetiva del sujeto que realiza la operación lógica subyacente en la presunción (el juez o el legislador, es decir, una persona con autoridad para trazar conductas ajenas), y esa sería — conforme a la posición del autor— la nota distintiva entre la presunción corriente para el lego y la presunción jurídica, lo que a todas luces nos parece desafortunado por insuficiente. Claro que para surtir efectos jurídicos es necesario que la operación presuntiva se produzca dentro de los cauces del Derecho, y situados aquí, que la actividad en referencia sea desarrollada por el Juez (o, añadiríamos, por la Administración tributaria) o por el legislador. Ello constituye una tautología. Lo importante, pues, es determinar su contenido, sus efectos y las verdaderas notas que identifican su perfil técnico jurídico.

Una de las notas que acompañan al concepto de presunción es la existencia de una afirmación base y una afirmación consecuencia que, si bien enlazadas entre sí, se encuentran en planos distintos, y no basta para la existencia de una presunción la simple actividad lógica<sup>6</sup>; antes bien, se requiere la intervención en mayor o menor grado de las máximas y criterios de experiencia, que trataremos más adelante a propósito del enlace entre afirmación base y afirmación consecuencia. La existencia de una presunción implica actividad probatoria, pero se distingue del resto de las actividades probatorias por tener ciertas características específicas; y entre ellas, podemos mencionar la de su fundamento lógico tanto en el principio de normalidad: en el devenir de las fuerzas de la naturaleza —entre ellas, las actividades humanas— existe una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos; como en el principio de la causalidad: unas mismas causas producen siempre unos mismos efectos.

Y en virtud de que uno de los aspectos cardinales que identifica la presunción supone la actividad del sujeto que formula el juicio de hecho para fijar la premisa fáctica de la decisión o de la resolución administrativa y que, al efecto, se concreta en extraer de la afirmación base una nueva afirmación, entendemos, siguiendo a M. Serra Domínguez, que es más acertado conceptualizar las presunciones señalando

que se trata de una “actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa de un nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones” (1963: 17). Hay que incluir en el concepto a la presunción legal *iuris tantum*, añadiendo, como sugiere el mismo autor, “declarado previamente como obligatorio por el legislador” (1963: 78). Porque la presunción sigue siendo una y la misma sea cual sea el lugar a donde haya acudido el juzgador para utilizarla en el ‘acertamiento’ de los hechos, ya que, como sostiene el autor, la presunción no es en propiedad la norma del legislador, sino únicamente la actividad del juzgador al aplicar dicha norma.

De dicha definición se desprende la ubicación de la presunción en la fase probatoria y su idoneidad para fijar los hechos, es decir, su naturaleza probatoria, lo que además se desprende del propio Código Civil español, que las regula dentro del Capítulo V, del Título I, denominado “De la prueba de las obligaciones”, y en la Ley General Tributaria española aparecen encuadradas en la sección específica dedicada a la regulación de la prueba. En conformidad con su naturaleza probatoria, constituye una exigencia conceptual de las presunciones la existencia de una actividad probatoria específica dirigida a la fijación del hecho que va a considerarse presumido, exigencia que no es baladí si se repara en la delimitación de las presunciones con figuras afines que no constituyen verdaderas presunciones. Parece importante detenerse en precisar los rasgos que identifican a este instituto probatorio, que intentaremos hacerlo en los epígrafes siguientes.

## **1.2.- La afirmación base y la afirmación presumida**

El presupuesto de la presunción (también llamado indicio o base de la presunción) debe ser siempre una circunstancia fuera del estado de cosas que produce el efecto jurídico en cuestión; pero el efecto de la presunción consiste en la inferencia que se saca con respecto a la existencia de aquel estado de cosas (Rosenberg, 1956: 183).

Para decirlo con mayor claridad: la afirmación base —como elemento de la presunción— sólo tiene relevancia en cuanto sirve de medio para extraer la afirmación consecuencia, de allí que su importancia, a los fines de la prueba, es mediata; se trata además de una afirmación ya aceptada por el juzgador y, por tanto, plena y positivamente probada a través de los medios de prueba admitidos en Derecho, pero completamente distinta a estos últimos. De ahí que la afirmación base se refiere al hecho que es objeto de prueba y cuya acreditación permite al

órgano decisor considerar cierta la realización de otro hecho diferente que no ha constituido el objeto de la prueba: está constituida, en definitiva, por la afirmación de uno o varios hechos cuya prueba permite, a su vez, considerar probados otros hechos distintos debido al criterio de normalidad que vincula a las dos tipologías de hechos, permitiendo que los no probados directamente integren el soporte fáctico de la resolución.

La afirmación presumida, en cambio, deberá formar parte, en todo caso, del sustrato fáctico de la decisión o de la resolución, so pena de inexistencia de la presunción. De allí su relevancia a los fines de la prueba. “Podemos definir la afirmación consecuencia como aquella nueva afirmación, normalmente fáctica<sup>7</sup>, extraída de la afirmación base por medio de la presunción, caracterizada por su relevancia para el accertamiento de los hechos y su distinción de notas respecto de la afirmación base” (Serra Domínguez, 1963: 31).

Vale la pena referirnos aquí a la normativa del Código Civil español, porque no ha de confundirse la afirmación consecuencia con la misma presunción, y observamos que el artículo 1249 del C.C. español señala que las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho del que han de deducirse esté completamente acreditado. Dicha norma confunde, como dice M. Serra Domínguez (1963: 30), la institución de la presunción con el resultado de la misma. La imprecisión lingüística que referimos al comienzo de este trabajo contribuye a esta confusión. Por tanto, conviene distinguir entre la presunción como actividad y la presunción como resultado de la fijación del dato fáctico base de la decisión. Es en esta última en donde se extraen de la afirmación base sus lógicas consecuencias y parece que es aquí donde se manifiesta la identidad de la presunción como institución jurídica, dado que los problemas relativos a la afirmación base son los generales de toda afirmación probatoria.

### **1.3.- El enlace entre afirmación base y afirmación presumida**

Otro elemento que permite establecer una clara diferenciación entre el instituto de la presunción y las restantes figuras probatorias es el enlace que debe existir entre la afirmación base y la afirmación consecuencia. Este es el elemento que permite hablar de la existencia de una presunción, y por ser la parte más delicada del procedimiento presuntivo<sup>8</sup>, interesa desbrozar el perfil que debe cumplir.

Según el artículo 1253 del Código Civil español y el 118.2 de la Ley General Tributaria española, para la existencia de una presunción judicial se exige que el enlace entre afirmación base y afirmación presumida sea preciso y directo según

las reglas del criterio humano. De allí que para establecer el enlace ha de acudirse a lo que en la doctrina se llama <<máximas de experiencia>>.

Stein<sup>9</sup> las define como juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto a decidir en el proceso y de las circunstancias singulares de cuya observación se infieren, fuera de los cuales adquieren valor para otros casos; tales máximas se obtienen mediante la conclusión extraída de una serie de percepciones singulares, referidas a casos análogos todavía no observados, y contribuyen de modo eficaz a formar la convicción del juzgador. Sólo tienen valor y pueden ser aplicadas a la controversia en cuanto el juzgador haya observado que el caso singular entra en aquella vasta categoría de fenómenos que han dado origen a la misma máxima de experiencia<sup>10</sup>.

Ahora bien, no hay que confundir las máximas de experiencia con las presunciones. He aquí otra confusión proveniente de la promiscuidad terminológica a que hemos hecho referencia; y la razón sutil de la confusión que nos ocupamos en combatir se encuentra —posiblemente— en que el paso de los hechos conocidos a los desconocidos (en donde, como ya hemos visto, también interviene la presunción pero de manera distinta a las reglas de la experiencia) se hace por medio de máximas o reglas de la experiencia<sup>11</sup>.

Sin embargo, no media ahí más que una apariencia porque, en realidad, entre ambas existen diferencias de concepción y de efectos, que impiden su equiparación: una experiencia de la vida puede ser motivo de una presunción pero, en ningún caso, ser su contenido: una cosa es que en la inferencia propia de las presunciones se utilicen criterios de inferencia que vengan establecidos por un principio de normalidad, por una máxima de experiencia, y otra el contenido de la presunción, porque el criterio de normalidad puede ser base para fijar la presunción pero no constituye su contenido; además, muchas veces ha sido decisivo para el establecimiento de una presunción no un principio de la experiencia sino una consideración de utilidad práctica o de otra especie.

Mientras las presunciones han de aplicarse cuando se verifiquen sus presupuestos —aun en caso de que ello no concuerde con las máximas de experiencia del Juez— los principios de la experiencia, en cambio, no tienen carácter obligatorio<sup>12</sup>, y el criterio de ‘normalidad’ en el que se basan, tiene un significado muy vago que no puede ser analíticamente definido, siendo una variable dependiente de las asunciones

culturales en las que opera el sujeto y de las estructuras que le sirven para determinar e interpretar los hechos (Taruffo, 2005: 257). Sin embargo, esto no supone que todo razonamiento basado en máximas de experiencia es ya sólo por ello aceptable, porque como señala M. Taruffo, la validez racional de las inferencias basadas en máximas de experiencia depende del análisis crítico de las máximas que en cada caso sean utilizadas. Al respecto, el mismo Taruffo resalta que resulta necesario

“Pensar en un criterio de racionalidad para el uso de las máximas, que podría formularse así: por un lado, tienen que utilizarse únicamente las máximas sobre las que se disponga de un amplio consenso en la cultura media del lugar y del momento en el que se formula la decisión, resultando por ello aceptables como criterios de inferencia; por otro lado, la inferencia tiene que tomar en cuenta la naturaleza específica de la máxima que se utiliza, de modo que, por ejemplo, no se pueden efectuar inferencias <<ciertas>> sobre la base de máximas no generales, ni inferencias <<cognoscitivas>> mediante máximas que expresen únicamente valoraciones” (2005: 426).

La diferencia entre presunciones y máximas de experiencia se explica mejor desde la perspectiva más general de la distinción entre verosimilitud, probabilidad y prueba. Así, dado que la verosimilitud no se corresponde con la probabilidad ni con la verdad, queda claro que la vinculación que se establece, a los efectos de constatar que una afirmación es verosímil, entre ésta y una máxima de experiencia o un *id quod plerumque accidit*, no implica que se formulen inferencias probatorias sobre el hecho y que, por tanto, se produzcan consecuencias probatorias sobre el mismo. Es verdad, en efecto, que se hace referencia habitualmente a las máximas de experiencia y al *id quod plerumque accidit* en su función de criterios para formular inferencias sobre la prueba, pero nada dice que esto suceda siempre e inevitablemente. Por tanto, es necesario distinguir, siguiendo a M. TARUFFO (2005: 508), dos perspectivas diferentes:

1) La primera, que una cosa es que, según el mecanismo típico de la prueba indirecta o de la presunción simple, la máxima de experiencia sea utilizada como criterio de inferencia para pasar de Y (<<hecho conocido>>, *factum probans*, hecho secundario) a X (“hecho ignorado”, *factum probandum*, hecho principal), formulando sobre X consecuencias probatorias capaces de atribuir un cierto grado de confirmación a la respectiva hipótesis;

2) La segunda, que otra cosa es, en cambio, usar la máxima de experiencia o el *id quod plerumque accidit* con la finalidad de establecer si el hecho X conjeturado entra en la <<normalidad>> porque se corresponde con lo que habitualmente sucede en ese sector de la experiencia. En este caso, no se formula inferencia alguna entre hechos, ni se extraen consecuencias cognoscitivas de un hecho respecto del otro; lo que se tiene es, en cambio, una <<calificación>> de un hecho sobre la base de un criterio constituido por la máxima de experiencia, cuyo resultado es establecer que ese hecho entra o no en la normalidad representada por la experiencia común (pero sin que esto diga nada sobre la verdad o falsedad, probabilidad o prueba, de la hipótesis respectiva). Por así decirlo, el juicio de verosimilitud consiste en afirmar que el hecho, si fuese verdadero (y se conjetura que lo es), se correspondería con lo que sucede normalmente.

De acuerdo a lo anterior, en las presunciones procede un juicio de verdad (probabilidad) o falsedad a través de inferencias entre hechos para llegar a fijar los que interesan en el proceso o en el procedimiento respectivo, y, por tanto, tiene que ver con la aceptabilidad o fundamentación racional de aquello que se conjetura como verdadero o como inexistente, es decir, con la existencia de elementos cognoscitivos que justifiquen la aserción fáctica sobre los hechos, y en este contexto específico la máxima de experiencia cumple una función específica: vincular el hecho secundario con el hecho principal y extraer consecuencias probatorias; en tanto que en el juicio de verosimilitud que se origina con la utilización de las máximas de experiencia en general, no se produce inferencia entre hechos y sólo puede dar lugar para afirmar que el hecho es creíble porque se corresponde con el criterio de normalidad expresado en la máxima de experiencia: pero hay que advertir que lo que es ‘normal’ no es por ello mismo verdadero, dado que en estos supuestos no se conjetura la aserción fáctica sobre la base de elementos de juicio que lo confirmen sino, y sólo, su correspondencia con lo que sucede normalmente. De ahí que las máximas de experiencia no pueden confundirse con las presunciones.

Establecida la distinción entre presunciones y máximas de experiencia, corresponde ahora insistir con mayor detalle en el papel de las máximas de experiencia en el campo de las presunciones. Así, constituye un buen punto de partida comenzar resaltando que cuando la determinación o fijación de hechos opera a través de presunciones estamos, en efecto, ante el mecanismo propio de la, así llamada, prueba indirecta. En general, puede decirse que la estructura lógica de la prueba indirecta opera sobre la base de que se dispone de la prueba de un hecho S (que tiene carácter secundario en la controversia) diverso a aquél que es afirmado en la

hipótesis del hecho P (*factum probandum*). A partir de la proposición que describe el hecho secundario es posible extraer inferencias que afectan a la fundamentación de la hipótesis sobre el hecho P. Aquí hemos de distinguir el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario, por una parte, y el grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por (y a partir de) esta afirmación, en donde se evidencian dos cuestiones distintas: 1.- el grado de credibilidad de la prueba respecto a la confirmación del hecho secundario o posición de la premisa relativa a S, y 2.- la formulación de la inferencia de P a partir de S. Ambos grados de aceptabilidad determinan el grado de apoyo que la hipótesis sobre el hecho puede recibir de este mecanismo probatorio (Taruffo, 2005: 263).

La peculiaridad de esta situación, en la que el grado de aceptabilidad de la prueba sobre el hecho secundario no equivale al grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho principal, deriva precisamente de la falta de coincidencia entre el hecho que constituye el objeto específico de la prueba y el hecho que es necesario probar en la controversia, ya que ésta impide considerar que la confirmación de la hipótesis sobre el *factum probandum* coincide con el grado de credibilidad de la prueba (que, como ya hemos dicho, se refiere al hecho secundario). La diferencia entre los dos hechos supone, en cambio, que la hipótesis relativa al *factum probandum* puede recibir elementos de confirmación de la proposición sobre el hecho secundario únicamente si ésta última puede ser asumida como premisa de una inferencia que permita obtener conclusiones acerca de la existencia de X (Taruffo, 2005: 262).

Siendo razonable adoptar S como hipótesis para realizar inferencias sobre P, la segunda cuestión es la determinación de las consecuencias sobre P que pueden obtenerse a partir de S: si no fuere posible establecer ninguna vinculación entre P y S, entonces esta última no es relevante a los efectos de confirmar la hipótesis sobre P, es decir, a pesar de que S está probada no constituye un elemento de prueba para P. El problema central aquí es precisamente la fundamentación de las inferencias desde el hecho probado al hecho afirmado en la hipótesis que se trata de confirmar, lo que depende de la disponibilidad de criterios que instauren vinculaciones entre la clase de los S y la clase de los P. También los pasos inferenciales de un hecho individual a otro presuponen siempre algún criterio de vinculación sin el cual esos pasos no serían lógicamente posibles. La naturaleza lógica de la inferencia (que, en todo caso, se diferencia de su contenido) se reconduce habitualmente a los esquemas de la inducción más que a los de la deducción y, a pesar de ello, es

obvio que depende de las características específicas de los criterios que se usen para formular y justificar la vinculación entre los dos hechos.

Algunas veces se dispone de criterios científicamente fundados (esto es, tendencialmente seguros y precisos) para la formulación de las inferencias sobre los hechos. Sin embargo, ésta es una situación marginal; la situación <<normal>> está constituida por el uso de las nociones de sentido común en función de criterios para la formulación de esas inferencias, que representan el contexto cultural y el repertorio de conocimientos que el sentido común ofrece al juzgador como instrumentos para la valoración de las pruebas. De este <<repertorio>> el juez extrae los criterios según los cuales, dado S, se formulan posibles inferencias relativas a P.

Obviamente, el tipo de inferencia que puede formularse y la naturaleza de las conclusiones que pueden obtenerse dependen de las características del criterio que se use para vincular P a S. Así, por ejemplo, se podrá obtener una inferencia deductiva idónea para producir una consecuencia cierta sobre X si el criterio es una regla general del tipo <<siempre que S entonces P>>, mientras que se podrán obtener inferencias probabilísticas sobre la base de criterios del tipo <<en el 76,83% de los casos de S también se da P>>. O bien —y este es el caso más frecuente— inferencias vagas fundadas en máximas de experiencia también vagas en la medida en que expresan únicamente toscas e imprecisas generalizaciones del sentido común.

En cualquier caso, es el tipo de inferencia que puede ser formulado acerca de X, partiendo de Y, el que determina el grado de confirmación que puede atribuirse a la hipótesis sobre X. Siempre utilizando una notación numérica convencional, se puede decir que ese grado de confirmación es = 1 o, en todo caso, apto para atribuir a P el carácter de certeza, en el supuesto, extraño, de una inferencia deductiva, mientras que podrá tratarse de un valor intermedio entre 0 y 1 en todos los demás casos. Así, puede suceder que S fundamente según un criterio adecuado una inferencia que haga muy probable la hipótesis sobre P y que, por tanto, pueda tener un grado de confirmación de 0,80 o 0,90, pero puede disponerse también de una inferencia que atribuya a la hipótesis un grado <<débil>> de confirmación (como por ejemplo 0,20 o 0,30). Resulta útil recordar que, en el contexto representado por la lógica de hipótesis/confirmación el valor positivo, incluso cuando no es elevado, indica siempre un elemento de apoyo de la hipótesis, mientras que la diferencia entre ese valor y 1 no indica en absoluto el grado de fundamentación de la hipótesis contraria, sino sólo el ámbito en que ese elemento específico de prueba no dice nada sobre la hipótesis, es decir, la mantiene en la duda.

En general, de todos modos, el grado de confirmación que la inferencia fundada sobre S atribuye a la hipótesis que concierne a P está determinado esencialmente por la naturaleza y las características del criterio que vincula P a S: cuanto más seguro y preciso sea ese criterio, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis y, en cambio, se obtendrán únicamente confirmaciones <<débiles>> a partir de criterios genéricos, vagos y de fundamento cognoscitivo incierto (Taruffo, 2005: 268).

En este sentido, adquieren especial relevancia dos características de los criterios que se emplean para formular las inferencias entre hechos. La primera de ellas está referida al contenido del criterio y, específicamente, al tipo de vinculación que éste establece entre los hechos de la clase P y los de la clase S. Podrán haber vinculaciones de orden general, del tipo <<siempre que S, entonces P>>, idóneas para fundar inferencias deductivas, o bien criterios estadísticos aptos para establecer la probabilidad/frecuencia de P dado S, pero normalmente las máximas de experiencia enuncian criterios fundados sobre el *id quod plerumque accidit*, es decir, sobre generalizaciones incompletas o, en cualquier caso, vagas. En todos esos casos, se trata de inferencias inductivas en las que el grado de aceptabilidad de la conclusión (es decir, de la hipótesis sobre P) depende del tipo de vinculación entre P y S y es, por tanto, tanto más bajo cuanto más indeterminada es esa vinculación.

La segunda característica se refiere a la fundamentación del criterio de inferencia. Es obvio que la fuente de las máximas de experiencia es el sentido común o la cultura del hombre medio en una determinada situación espacio-temporal, pero esto no agota el problema. Puede suceder, en efecto, que aquellas máximas tengan una fundamentación más sólida, como cuando se trata de la vulgarización de leyes naturales o científicas o cuando resultan aplicables criterios de control estadístico, pero a menudo ocurre que su fundamentación es mucho más incierta o incluso insuficiente, como cuando se trata —no de generalizaciones fundadas en la experiencia sino— de lugares comunes o de prejuicios difundidos. Está claro que también esta característica incide en el grado de aceptabilidad que la inferencia atribuye a la hipótesis sobre el hecho: ésta es menos aceptable, obviamente, cuanto más vago es el fundamento cognoscitivo del criterio empleado (Taruffo, 2005: 269).

En todo caso, si como dice M. Taruffo “se quiere admitir que caben en la estructura racional de las inferencias sobre los hechos elementos tan indefinibles (o al menos indefinidos), se está constreñido a admitir que éstos, por sí solos, pueden producir únicamente grados de confirmación racional muy bajos de la hipótesis sobre el hecho a probar. Como máximo, pues, esos elementos pueden ser considerados como

factores añadidos o integrativos de inferencias que, en cualquier caso, deben estar fundamentados en otros criterios más consistentes” (2005: 269). Cuestión distinta es que el legislador haga uso de la máxima de experiencia para crear una norma. En este supuesto, el legislador impone la norma en que se ha objetivado el resultado de su operación al utilizar la máxima y, más que la máxima de experiencia en sí, lo que resulta obligatoria es la norma correspondiente<sup>13</sup>.

Merece la pena resaltar, para evitar confusiones, que las reglas de la experiencia no tienen contenido lógico, en el sentido de que abarcan un conocimiento, científico o empírico, que no puede proporcionarlo la lógica<sup>14</sup>.

## 2.- Gravedad, precisión y concordancia en las presunciones

Huelga advertir que la doctrina (y la jurisprudencia) exige que el indicio reúna una serie de requisitos (‘graves’, ‘precisos’ y ‘concordantes’) para que el procedimiento presuntivo tenga capacidad probatoria, lo que merece algunas reflexiones. En efecto, es incuestionable que “los indicios han de estar suficientemente probados, pues no puede tratarse de meras sospechas”<sup>15</sup> porque las intuiciones del juzgador no tienen idoneidad para fijar el hecho conocido (hecho base), y con dichos requisitos se persigue poner algunos límites para que el órgano decisor en su libertad de elección en torno al procedimiento presuntivo seleccione inferencias aceptables y lógicamente fundamentadas. En cualquier caso, esas exigencias excluyen que las presunciones, entendidas como resultado de las inferencias formuladas por el órgano decisor, puedan constituir prueba del hecho si no presentan aquellos requisitos, de ahí que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece prueba de este último, dado que pueden existir inferencias dudosas, vagas, contradictorias o, en todo caso, tan débiles como para no ser suficientes a ese efecto<sup>16</sup>.

En cualquier caso, la prueba puede obtenerse cuando las inferencias formuladas por el juez sean suficientemente ‘seguras’ y ‘fuertes’ para reducir el margen de error y de inacceptabilidad del razonamiento presuntivo.

Lo que ya no parece tan adecuado es que la certeza que pretende exigirse excluya aquéllos hechos base que sólo pueden quedar fijados mediante probabilidad y no mediante certeza incuestionable; en definitiva, no parece plausible exigir actitud demostrativa del hecho base<sup>17</sup>, excluyendo la posible idoneidad de los llamados <<indicios mediatos>> que han sido probados mediante otro(s) indicios<sup>18</sup>, porque estaríamos ante una interpretación demasiado rígida respecto a la exigencia de que las presunciones sean graves: este requisito no está referido al grado

de convencimiento que la presunción suscita en el juzgador sino al grado de aceptabilidad que la presunción atribuye a la conclusión que versa sobre el hecho a probar, porque de interpretarse que estamos ante una presunción grave solamente cuando la conclusión sobre el hecho a probar se derive del ‘hecho conocido’ de forma necesaria (cierta y absoluta), o sea, cuando esta sea la única y necesaria consecuencia que se pueda obtener del hecho conocido, es evidente la casi imposibilidad de utilizar el procedimiento presuntivo; cuando menos, su reducción a pocos supuestos en que la inferencia presuntiva se formula sobre leyes científicas (Taruffo, 2005: 478).

Dada la posibilidad que en la utilización de los mecanismos presuntivos se presente la existencia de relatos fácticos alternativos y, por tanto, hipótesis distintas y hasta contrapuestas, el concepto de gravedad de las presunciones se determina en función de la naturaleza probabilística de la inferencia presuntiva y, por tanto, no puede más que indicar la situación en que ésta atribuye un grado de confirmación (suficiente y prevaleciente) sobre el hecho a probar que la configura como la conclusión más aceptable entre las que pueden ser hipotéticamente obtenidas de la misma premisa (es decir, del ‘hecho conocido’). Si esto es cierto, nada se opone a que un hecho presumido integre a su vez la afirmación base de un nuevo hecho presuntivo (Marín Barnuevo, 1996: 84). Este es un punto bastante cuestionado en la doctrina y, por ello, merece especial atención.

La doctrina ha insistido en afirmar que es inaceptable la utilización de presunciones que, a su vez, provienen de otras presunciones. Esto constituye uno de las principales objeciones a la utilización de las presunciones para fijar los hechos en la controversia jurídica. Dicha afirmación se fundamenta en que para estos supuestos la incertidumbre es doble: por una parte, la que proviene del mecanismo indirecto de las presunciones, y por otra, el hecho mismo de que este mecanismo indirecto viene fijado, a su vez, por otro mecanismo indirecto. Sin embargo, a poco que se medite en las bases de esta posición doctrinal podrá observarse que sus cimientos son muy débiles, y hasta insostenibles desde el punto de vista de la lógica del juicio sobre una proposición relativa a hechos. Porque no es aplicable en este ámbito el principio matemático de la transitividad<sup>19</sup> que se formula y aplica al juicio sobre la proposición desde la concepción cuantitativa de la probabilidad, según el cual se vincula la inferencia que asume B como premisa al valor de probabilidad que se atribuye a B sobre la base de C.

En cambio, parece acertado indicar, con M. Taruffo, que la cadena de inferencias puede ser analizada como una serie de pasos inferenciales, cada uno de los cuales se fundamenta en un determinado criterio de inferencia y parte de una premisa

que se asume como establecida en la medida en que ello resulte justificado. Si se toma en consideración, por ejemplo, el paso de B a A puede observarse que para estar válidamente formulado requiere que se disponga de un criterio de inferencia que permita vincular B a A y que B pueda ser asumido como premisa para esa inferencia. El problema parece surgir del hecho de que B es, a su vez, el resultado de una inferencia, fundada en C, que ha proporcionado un grado de confirmación intermedio entre 0 y 1 a la hipótesis sobre B.

En realidad, supuesto que la inferencia obtenida de C atribuya un determinado grado de confirmación a la hipótesis sobre B, corresponde al órgano decisor establecer si B puede ser usada racionalmente como premisa para una inferencia sucesiva, dado su grado de confirmación, o bien si esa adopción es irrazonable por ofrecer la hipótesis sobre B un margen de duda excesivo. Si el grado de confirmación de la hipótesis sobre B es (considerado por el juzgador) demasiado bajo, la inferencia sucesiva no puede ser formulada por falta de la premisa y, por tanto, la cadena se interrumpe. En cambio, si el grado de confirmación es (considerado por el juzgador como) suficiente para asumir B como verdadero, entonces se dispone de la premisa para la inferencia sobre A: pero en ese caso la premisa B es asumida como <<cierta>> y el grado de confirmación de la hipótesis sobre A dependerá únicamente del criterio de inferencia que se use para vincular B con A. El mismo argumento se repite en todos los eslabones de la cadena, incluido el último, es decir, en la inferencia que confiere un determinado grado de confirmación a la hipótesis referida al *factum probandum*<sup>20</sup>.

De lo anterior surgen las algunas consecuencias importantes:

1) Dado que el grado de confirmación de la hipótesis referida al *factum probandum* (que parte de un hecho secundario que a su vez ha sido fijado por un procedimiento presuntivo), es la consecuencia de una cadena de diversos pasos inferenciales, esta puede ser validamente formulada hasta llegar a la conclusión relativa al *factum probandum* siempre que cada inferencia específicamente considerada produzca resultados cuyo grado de confirmación sea apto (por su nivel de probabilidad suficiente y prevaleciente) para que la conclusiones puedan ser asumidas como ciertas.

En otras palabras, el esquema de la cascaded inferences (es decir, la situación que se presenta cuando el elemento de confirmación de la hipótesis sobre el hecho principal deriva de una cadena de pasos inferenciales) sigue siendo utilizable como método para atribuir un grado de confirmación a la hipótesis sobre el *factum probandum*,

pero sólo bajo la condición rigurosa de que ninguna inferencia de la cadena tenga un margen de duda tal que haga irrazonable la adopción de su conclusión como hipótesis ‘verdadera’ sobre el hecho intermedio. Y el principal punto de referencia para controlar la discrecionalidad del órgano decisor —en la elección de cada inferencia de la cadena—, está constituido por “el grado de confirmación que la proposición sobre el hecho recibe de la inferencia de la que constituye la conclusión, siendo evidente que la adopción de la racionalidad de ese hecho es más segura en la medida en que es más elevada la probabilidad lógica de la hipótesis respectiva, también en función del tipo de criterio empleado para formular la inferencia” (Taruffo, 2005: 274).

2) no importa la longitud de la cadena si cada uno de sus eslabones se mantiene dentro del ámbito de la racionalidad de la adopción de hipótesis para la inferencia sucesiva sobre la base de la inferencia precedente.

3) Los elementos de prueba sobre los hechos secundarios, distintos al *factum probandum*, agotan su función en la fundamentación de la elección realizada por el órgano decisor en la que considera suficientemente probado el hecho secundario, y una vez que el hecho secundario ha sido razonablemente determinado por un grado de prueba que el órgano decisor “considera suficiente para justificar su uso como premisa para realizar inferencias” (Taruffo, 2005: 265) sobre el *factum probandum* o sobre otro hecho secundario, puede, entonces, ser considerado como premisa autónoma de una inferencia ulterior, sin que la forma en que haya sido establecido (su mayor o menor probabilidad) incida sobre el pasaje sucesivo, lo que se justifica por el rechazo al principio de la transitividad matemática, ya referido anteriormente, y porque debido a la diversidad del hecho secundario y el *factum probandum* no hay ninguna vinculación lógica directa entre la prueba del primero y la hipótesis relativa al segundo: “por un lado, el grado de credibilidad de la prueba sobre S (es decir, el hecho secundario) determina la confirmación de la hipótesis referida a la existencia de S, pero, no versando sobre P (*factum probandum*), no dice nada acerca de su hipótesis respectiva; por el otro, la confirmación de la hipótesis sobre P que se puede obtener a partir de la inferencia fundada sobre S presupone, obviamente, que S exista, al no tener sentido una inferencia que parta de premisas inciertas” (Taruffo, 2005: 263);

4) El grado de confirmación que al final se atribuye a la hipótesis sobre el *factum probandum* no es una función de todas las inferencias que componen la cadena, sino sólo de la última y del criterio en el que ésta se fundamenta. Esa inferencia

deriva de las precedentes en la medida en que sólo puede ser formulada si han sido válidamente formuladas las que le preceden, pero no es el resultado de aquéllas.

Por todo lo anteriormente dicho, no podemos compartir afirmaciones que, si bien no son contradictorias sí que suponen un contrasentido. Nos referimos a lo argumentado por D. Marín-Barnuevo, al indicar, por un lado, que “los juicios presuntivos no tienen a priori mayor o menor valor probatorio que los hechos acreditados directamente mediante otros medios de prueba (...), (es decir, que no hay) motivo alguno para que la acreditación de hechos mediante reglas de presunción deba tener asignado, a priori, un valor probatorio distinto del que se reconoce a cualesquiera medios de prueba”, y por otro, “que el grado de fiabilidad de las presunciones disminuye a medida que el hecho presuntivo se aleja de hechos probados directamente” (Marín-Barnuevo, 1996: 84). En efecto, ésta última afirmación no parece coherente con la primera, toda vez que se termina sugiriendo en ella un valor probatorio a priori para ciertos juicios presuntivos, y si bien es cierto que puede no ser fiable la presunción obtenida a través de un hecho que, a su vez, ha sido fijado mediante presunciones, ello no es apodíctico, pues todo depende —como se sugiere en las consideraciones formuladas en los párrafos anteriores— de la corrección de cada uno de los pasos de la cadena sucesiva del procedimiento inferencial.

Rechazar el procedimiento presuntivo o indiciario como prueba de un indicio muestra, como bien ha destacado M. Gascón Abellán, una exagerada e injustificada minusvaloración de este tipo de procedimiento, de un lado; y de otro, un malentendido de los procedimientos reales de prueba. “Lo primero, porque la prueba indirecta, presuntiva o indiciaria (...) si se realiza rigurosamente puede conducir a resultados fiables. Lo segundo porque a la tradicional distinción entre pruebas directas (o históricas: las testimoniales y las documentales, fundamentalmente) y pruebas indirectas (las indiciarias) no puede atribuirse una relevancia epistemológica extrema: parece olvidarse que, desde el punto de vista de su estructura, la mayor parte de las pruebas (también las tradicionalmente llamadas directas) son indirectas<sup>21</sup> o indiciarias<sup>22</sup>”.

Y es que, como destaca la autora en referencia, llevada hasta sus últimas consecuencias, esta posición conduce a una conclusión paradójica: si se rechaza un indicio mediato por considerar que, sólo por ser mediato, tiene un bajísimo o nulo grado de solidez epistemológica para fundar una inferencia, lo que se está poniendo en cuestión es la validez misma del procedimiento indiciario; por tanto, habría que renunciar al uso del procedimiento indiciario en cualquier caso, es decir, también cuando el indicio ha sido probado mediante la llamada prueba directa, lo

que es inaceptable porque, en primer lugar, en la prueba jurídica el procedimiento característico es el de la prueba indirecta o indiciaria, por lo que renunciar al mismo equivaldría a renunciar a la posibilidad de prueba; y en segundo lugar, porque si se asume la aptitud del procedimiento indiciario para probar hechos, no se entiende por qué no puede servir para probar un indicio que podrá ser utilizado, a su vez, como elemento de prueba. Incluso, y contra lo dicho por esta autora, el indicio probado mediante procedimiento indiciario no tiene, necesariamente, una fuerza probatoria menor, porque todo depende de los elementos de prueba que lo confirman y de la fuerza probatoria que estos le suministran, de allí que no hay nada necesario en esto: el indicio probado mediante un procedimiento indiciario puede tener una fuerza similar a la de cualquier prueba ‘directa’.

Respecto a la exigencia de precisión o univocidad, entendiéndolo por tal el indicio que conduce necesariamente al hecho desconocido, no parece adecuado exigir que el indicio haya “de ser inmediato y necesario, grave y concluyente (...) para reducir al máximo el margen de indeterminación o error del juicio probabilístico en que consiste”<sup>23</sup>, pues una cosa es la reducción de la indeterminación, lo que puede lograrse con el método de eliminación de hipótesis, y otra muy distinta, que se distinga entre indicios necesarios e indicios contingentes, porque todo indicio, en materia de presunciones, es contingente, dado que el razonamiento propio de la prueba indiciaria o presuntiva es de naturaleza inductiva (Ferrajoli, 1997: 129) y su resultado es de carácter sintético, en el sentido de que no pasa de ser una hipótesis más o menos probable, en donde (en principio) no caben los indicios necesarios porque estos son propios de una estructura de razonamiento de tipo demostrativo (esto es, de la prueba deductiva, que es de carácter analítico: la conclusión deriva necesariamente de las premisas o aserciones verificadas).

De ahí que, en definitiva, el indicio nunca será unívoco; al igual que para el requisito de la ‘gravedad’ hay que reparar en el carácter probabilístico de las inferencias presuntivas, y dado que de ellas se pueden obtener conclusiones lógicamente distintas la univocidad queda cubierta, aunque siempre de forma relativa, cuando de las diversas conclusiones que se pueden obtener a partir del ‘hecho conocido’ la más probable es aquella que confirma la hipótesis sobre el hecho a probar. Así pues, se dispone de una inferencia presuntiva ‘precisa’ cuando la conclusión más probable que de ella se puede extraer se refiere al hecho a probar (Taruffo, 2005: 477). Pero la relación entre la afirmación base y la afirmación presunta (o afirmación consecuencia) no ha de ser tal que, inexorablemente, se haya de producir la afirmación presumida cuando se acredite la existencia de la afirmación

base<sup>24</sup>. Consecuentemente, se podrá fijar formalmente la afirmación presumida aun cuando fuese posible la prueba de un hecho incompatible o del hecho contrario<sup>25</sup>. Cabe pues, plantear que el hecho presunto no debe ser ni meramente posible ni absolutamente cierto o necesario ya que, en el primer caso, faltaría la base necesaria para la presunción y, en el segundo, o sobraría esta o sería imposible.

A la exigencia de pluralidad de indicios concordantes nada hay que objetar: es una manera de evitar que en base a un dato único se determine una conclusión errónea, de suerte que el resultado será más fiable mientras más indicios lo apoyen, siempre que sean concordantes, en el sentido de que dichos indicios apunten a una reconstrucción unitaria del hecho al que se refieren y ésta prevalezca sobre las demás reconstrucciones que se puedan ensayar a la luz de aquellos.

En este contexto la idea de una reconstrucción unitaria ha de entenderse bien. Porque pueden darse inferencias probatorias divergentes y resultar confirmadas hipótesis distintas o contradictorias sobre el hecho, o bien que ninguna de las inferencias alcance un grado de confirmación lógica suficiente para constituir una versión aceptable del hecho. Respecto de las presunciones, el requisito de la concordancia tiende a evitar que se considere probada una hipótesis del hecho que, en realidad, carezca de confirmación o no esté suficientemente confirmada porque resulten aceptables también otras hipótesis distintas sobre el hecho a probar, sobre la base de otras inferencias presuntivas.

Por otra parte, no parece necesario que, en presencia de diversas presunciones simples, todas deban verdaderamente ser concordantes en la confirmación de la misma hipótesis. En realidad, para asegurar la fundamentación de la determinación de los hechos basada sobre distintas presunciones podría ser suficiente que algunas de ellas convergieran hacia una misma conclusión, con la condición de que las otras inferencias posibles no atribuyan un grado de confirmación igual o superior a una conclusión distinta sobre el hecho a probar. Desde este punto de vista, el requisito de la concordancia de las presunciones simples no se presenta de forma absoluta (es decir, necesariamente válido para todas las presunciones formulables en el caso concreto), sino relativa y concebible razonablemente en términos de prevalencia. Esto es, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes (es decir, sobre diversas presunciones concordantes) cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas (Taruffo, 2005: 479).

Ahora bien, no hay que descartar la posibilidad de que un hecho pueda ser probado a partir de un solo indicio si su calidad epistemológica (y, por tanto, su valor probatorio) es muy elevada, como es el supuesto de ciertas pruebas biológicas y/o científicas que gozan de un elevado nivel de fiabilidad. En este caso el requisito de la concordancia puede no ser necesario.

Tampoco las llamadas reglas de interpretación constituyen verdaderas presunciones. Ello, porque les falta —como dice Rosenberg— aquella característica consistente en la existencia de un hecho que no tiene importancia para el efecto jurídico en cuestión, pero del cual la ley saca la conclusión de la existencia de otro hecho importante. Antes bien, la regla de interpretación tiene por único presupuesto la declaración de voluntad cuyo sentido establece (Rosenberg, 1956: 189).

Otro aspecto que no podemos pasar por alto en relación al enlace entre afirmación base y afirmación presumida tiene que ver con la escisión entre presunción judicial y presunción legal. Hasta el momento nos hemos venido refiriendo a las presunciones judiciales. Deseamos destacar ahora que el enlace determina la identidad de esencia de estos dos grupos de presunciones, pues según el enlace haya sido establecido a priori en la Ley o haya sido formado simultáneamente por el juzgador, nos encontraremos ante las presunciones legales o ante las presunciones judiciales. Pero en ambos casos —como señala M. Serra Domínguez— el enlace continúa existiendo y respondiendo a unos mismos principios. Sólo existe —dice el autor— una diferencia en lo que atañe a los sujetos y al valor otorgado por el Ordenamiento jurídico. De ahí que, a excepción de las presunciones *iure et de iure*, que no son sino disposiciones legales enmascaradas bajo la forma de presunción, las presunciones legales constituyen auténticas presunciones.

Normalmente, la máxima de experiencia que permite el enlace entre afirmación base y afirmación presumida será elegida y aplicada por la misma persona que debe efectuar dicho enlace, es decir, por la persona del juzgador. Pero —continúa señalando M. Serra Domínguez— en ciertos casos la elección de una máxima de experiencia a aplicar a una afirmación base determinada no es elegida por el juzgador sino por el legislador, quedándole al primero únicamente la posibilidad de aplicación de dicha máxima al caso concreto, declarando que en el mismo existen las condiciones necesarias para ello (Serra Domínguez, 1981: 564). Este último supuesto es el de las presunciones legales, a las que nos referiremos más adelante en investigación posterior.

## A modo de conclusión

Recapitulando, podemos afirmar que para poder hablar de presunción es necesario: a) que estemos ante una norma de carácter procesal, en el sentido de que tenga como fin salvar dificultades de índole procesal y obligar al juzgador a atenerse a la norma presuntiva, b) que tenga carácter y repercusiones probatorias, y admita prueba en contrario, c) que exista una afirmación base y una afirmación presumida cualitativamente distintas una de otra (lo que impide confundirlas con las normas que establecen una regla de carga de la prueba que por error de técnica legislativa se muestran, aparentemente, como presunciones: v. g. las verdades interinas), cuyo enlace debe tener las características de ser preciso y directo según las máximas de experiencia, y, d) que se facilite la prueba de uno de los presupuestos (afirmación presumida) mediante la prueba de otro presupuesto (afirmación base) unido al primero, siendo necesaria la existencia de actividad probatoria que demuestre positivamente cada uno de los supuestos de la afirmación base y sin que ninguno de ellos sea eximido de prueba. Este último elemento, que ya hemos explicado someramente en líneas anteriores, lo ilustraremos con un ejemplo, dada la importancia que tiene en nuestro estudio.

Podemos distinguir diversos esquemas de presunción: siendo  $a+b+c+d=A$ , tenemos que: 1.- si  $a=f$ ,  $f+b+c+d=A$ ; 2.- si  $a=f+r$ ,  $f+r+b+c+d=A$ ; 3.- si  $a+b+c=f$ ,  $f+d=A$ ; pero lo que no puede ocurrir nunca es el siguiente esquema: siendo  $a+b+c+d=A$  y  $a=b$ ; entonces concluir que  $b+c+d=A$ .

El último esquema, explica M. Serra Domínguez, no contiene una presunción porque no se presume uno de los presupuestos de la afirmación base, sino que más bien se suprime. En lugar de encontrarnos ante una norma de presunción nos encontramos ante un caso de las llamadas “verdades interinas”, fenómeno cuyas repercusiones probatorias nada tienen que ver con la presunción. Es por ejemplo el caso de la norma que señale que la buena fe se presume.

En esa norma la presunción no existe en realidad sino, y sólo, formalmente, por la sencilla razón de que la afirmación base integra uno de los presupuestos esenciales de la norma, y en todo caso tiene que ser probada para la producción de la consecuencia jurídica prevista por la norma de presunción. En definitiva, mientras el momento de la admisión o fijación sin pruebas es solo aparente para las (verdaderas) presunciones legales y no aparece siquiera para las llamadas presunciones simples (o judiciales), resulta, por el contrario, esencial para una institución por completo diversa (las llamadas verdades interinas [Interimswahrheiten]). A las verdades

interinas volveremos a referirnos en el epígrafe IV (que, como ha quedado dicho anteriormente, corresponde a una publicación posterior), relativo a la presunción y las reglas sobre carga de la prueba.

Interesa poner énfasis también, a la vista de cuanto antecede, en que la presunción es un instituto útil para la fijación de los hechos controvertidos<sup>26</sup>; o, dicho con otras palabras, para la fijación de la verdad predicable de las aserciones fácticas, de donde deriva su naturaleza probatoria. De allí que sea un instituto probatorio, o un mecanismo probatorio<sup>27</sup>, pero no un medio de prueba; sin embargo, esto es ya otro problema que explicaremos con detalle al diferenciar las presunciones de los medios de prueba.

Y nos interesa, antes de cerrar este epígrafe, dejar sentado lo siguiente: la posibilidad de prueba en contrario tiene una influencia notable en el ámbito de la presunción. Ello no obstante, consideramos que es más pertinente referirnos a esta cuestión al tratar las presunciones legales y judiciales, lo que haremos en el punto que sigue, en una investigación posterior a esta.

### **Bibliografía**

- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
- Bobbio, Norberto. *Contribución a la teoría del Derecho*. Fernando Torres editor. Valencia-España. 1989.
- Carnelutti, F. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Unión tipográfica editorial Hispano Americana. Buenos Aires. 1964.
- Carreras, José. *Estudios de Derecho Procesal*. Bosch. Barcelona-España. 1962.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid. 1997.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons. Madrid. 1999.
- Igartua Salaverria, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia-España. 1994.
- Marín-Barnuevo, Diego. *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho tributario*. Mc Graw Hill. Madrid. 1996.
- Muñoz Sábate, Leonardo. *Fundamentos de la prueba judicial civil*. Bosch. Barcelona-España. 2001.
- Muñoz Sabaté, Leonardo. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*. Praxis. Barcelona-España. 1993.
- Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Ariel. Barcelona-España. 2000.
- Prieto Castro, Luis. *Derecho procesal civil*. Tecnos. Madrid. 1988.

- Rosenberg, Leo. La carga de la prueba. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1956.
- Rozas Valdés, Juan. Presunciones y figuras afines en el Impuesto sobre Sucesiones. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid. 1993.
- Serra Domínguez, Mariano. Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos. Nauta. Barcelona-España. 1963.
- Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Madrid. Trotta. 2005.
- Vázquez Sotelo, J. L. Presunción del imputado e íntima convicción del Tribunal. Bosch. Barcelona-España. 1984.

## Notas

- 1.- Esta realidad la resalta también J. L. Vázquez Sotelo, que al hablar de las diferencias entre la presunción de inocencia y presunción en sentido técnico procesal señala que “la doctrina en torno a las presunciones en Derecho general (y en Derecho procesal en particular) es una de las más conflictivas, en las cuales, pese a los penetrantes estudios realizados, se está muy lejos de haber alcanzado conclusiones definitivas o uniformes, ya que todo, o casi todo, lo relativo a las normas de presunción, a las pruebas por presunciones, a los indicios y a su equiparación o no con las presunciones, y a sus diversas categorías o clases, es controvertido” (1984: 269).
- 2.- La contundencia de lo que afirmamos se verifica, siguiendo a M. Serra Domínguez, ante la imposibilidad de “unificar y sistematizar los conceptos de presunción dados por los tratadistas, en cuanto se parte en los mismos de distintas bases” (1963: 9).
- 3.- Considera D. Marin-Barnuevo que “... el concepto de presunción jurídica utilizado por algunos autores (en alusión directa a J. Carreras) es notablemente similar al de la denominada presunción vulgar” (1996: 61). Nada hay que objetar a esta afirmación; si añadir que quienes tratan el tema, tal como se desprenderá de los comentarios a las posturas de distintos autores en el desarrollo de este trabajo (y como se evidencia en la propia obra de Marin-Barnuevo), construyen un andamiaje de conceptos para hacer frente a los problemas que se presentan en materia de presunciones y, por estos derroteros, algunos logran posturas más coherentes que otros, pero sin desmerecer ninguna de las (pocas por cierto en la doctrina española) existentes.
- 4.- En esta línea doctrinal encontramos a Redenti, *Diritto Processuale Civile* (1953: 58); Micheli, *Corso di Diritto Processuale* (1960: 86); Serra Domínguez (1963: 10).
- 5.- En efecto, para J. Carreras (1962: 358) no hay diferencias sustanciales entre la presunción vulgar y la presunción técnico jurídica, pues ello se desprende de sus propias palabras: “al ordenamiento jurídico sólo interesan ciertas presunciones, y dado que la estructura de éstas es siempre la misma, deberemos deslindar las jurídicas según el sujeto que verifique el juicio”.
- 6.- Obsérvese que, conforme a lo que se desprende de los señalamientos de F. Carnelutti, la actividad deductiva es inherente a la actividad probatoria llevada a cabo tanto en las presunciones como en la prueba; de allí que el juicio lógico deductivo se desarrolle en estos dos ámbitos. Para un estudio de esta cuestión véase, del autor (1964: 93). Y la realidad de estas afirmaciones permite a M. Serra Domínguez señalar que “Este fenómeno (se refiere al indudable nexo lógico deductivo que se produce en la prueba

y motiva al juzgador a sentar como probadas ciertas afirmaciones, de suerte que sentada la proposición general no hace falta probar la afirmación especial) ocurre en cualquier prueba judicial sin alterar su verdadera naturaleza, y sin que haya preocupado, que nosotros sepamos, a ningún estudioso. Hasta aquí no encontramos propiamente presunciones, “aun cuando el proceso intelectual sea idéntico al que se emplea en éstas, y no encontramos presunciones por cuanto en realidad no existe una total separación entre las afirmaciones base y las afirmaciones consecuencia, pues las segundas se hallan comprendidas dentro de las notas integrantes del concepto de las primeras” (1963: 20).

7.- Aunque suele indicarse que, también, puede tener carácter jurídico en casos excepcionales (Serra Domínguez, 1963: 31).

8.- “La parte más delicada de todo el proceso —escribe A. Nieto— es la fase intermedia, el raciocinio o inferencia lógica que salta de unos hechos probados al conocimiento probable de otros hechos, cabalmente los relevantes que no se han probado ni se pueden probar” directamente (2000: 243).

9.- Con las máximas de experiencia, señala este autor, púdose obtener al fin un perfecto aislamiento de los ingredientes metajurídicos que integran el razonamiento inferencial de la prueba, ello sin descartar otras aplicaciones en parcelas diferentes del Derecho. La máxima de experiencia, continúa señalando Muñoz Sabaté, es a la lógica jurídica lo que la inducción incompleta es a la lógica formal. Representa en el campo más reducido del Derecho probatorio el magno problema de los universales, de la generalización de la experiencia, del paso de lo particular a lo universal. Aunque no consista en una norma abstracta aplicable, sin más, al caso concreto, las máximas de experiencia contribuyen de un modo eficaz a la formación de la persuasión en cuanto el juzgador se aperciba que aquel supuesto concreto entra en la categoría de acontecimientos que han dado origen a la máxima de experiencia.

10.- Serra Domínguez (1963: 32). Este autor dice que el concepto de máxima de experiencia es sobremanera amplio. Tiene cabida, según los tratadistas, en todos aquellos casos en que el juzgador, para la resolución de la cuestión litigiosa, pueda acudir a su propio conocimiento privado, tanto para la integración del juicio de hecho como del de derecho. Y amparándose en Schmidt distingue cuatro categorías distintas de máximas de experiencia:

1.- Reglas necesarias para la interpretación de determinadas expresiones legales (por ejemplo, adulterio).

2.- Reglas que hacen referencia a ciertos conceptos de uso común empleados por la Ley (v. g., buena fe, buenas costumbres).

3.- Reglas necesarias para la determinación de algunas consecuencias jurídicas, cuya determinación haya sido dejada al prudente arbitrio del juzgador (por ejemplo, medida de los alimentos).

4.- Todas las máximas que con excepción de las relativas a las normas sobre la prueba legal sean utilizadas para la valoración probatoria de determinadas circunstancias de hecho.

11.- Dice J. Carreras que “El paso de los hechos conocidos a los desconocidos se hace necesariamente por medio de máximas o reglas de la experiencia, que utiliza el Juez para realizar la tarea conocida como apreciación de la prueba; las que nuestro legislador llama <<reglas de la sana crítica>> o <<reglas del criterio humano>> no son sino tales reglas o máximas, y normalmente el juez es quien debe conocerlas, ya que no le vienen dadas por el legislador de modo concreto y con un contenido definido” (1962: 344). No obstante, estas reglas de la experiencia, que, en general, sirven para la

apreciación de la prueba, son distinta de la actividad presuntiva del juzgador: no se pueden equiparar las reglas de valoración de prueba con las reglas que permiten la formación de presunciones, pues mientras las máximas de experiencia utilizadas en las presunciones tienen, en opinión de Serra Domínguez, carácter específico relacionado con el caso concreto, las utilizadas en la valoración de la prueba tienen carácter genérico, con validez para cualesquiera procesos en que se utilicen los mismos medios de prueba.

12.- Rosenberg (1956: 169). Como acertadamente señala este autor, las presunciones legales son preceptos jurídicos que deben aplicarse cuando constan sus presupuestos, aunque en un caso concreto esta aplicación no concuerde con la convicción del juez [esto es, con las convicciones personales que el juez ha obtenido de su vida y de su cultura]. En cambio, los principios fundados en la experiencia no tienen una esfera de acción regularizada, de modo que dentro de esta debieran intervenir necesariamente; su fuerza radica más bien, únicamente, en la convicción del juez. Su aplicación depende de la contemplación más concienzuda de todas las circunstancias del caso singular.

13.- En esta cuestión resultan elocuentes las palabras de J. Carreras (1956: 380) quien señala que “Hay que recordar, en primer término, que cuando el legislador hace uso de la máxima de experiencia para crear una norma, no se limita a aconsejar al Juez que siga en su raciocinio el mismo camino que siguió el Legislador; el Legislador, a quien interesa la certeza en la aplicación de las normas sustantivas, adopta esta máxima de la experiencia común y la convierte en regla legal, de modo que no le sugiere al Juez que siga una regla, sino que le impone una norma en que se ha objetivado el resultado de la operación del legislador al utilizar la máxima. Si el Juez fuese libre de aplicar la norma o formar otra norma distinta a base de una diversa máxima, se frustrarían con toda evidencia los fines perseguidos al dictar el Legislador las normas correspondientes”.

14.- J. Carreras al referirse a las reglas del criterio humano señaladas por el legislador en el 1253 C.C español destaca que “El legislador no estima (...) que las reglas que ha de tener en cuenta el Juez tengan carácter lógico, mientras que el Tribunal Supremo ha incurrido en el vicio de dotarlas de una logicidad recusable, vicio en que, hay que reconocerlo, han incurrido también los Tribunales de otros países. Las máximas de experiencia no tienen contenido lógico, aunque el Juez maneje la lógica al utilizarlas; su contenido obedece a un conocimiento científico, artístico o empírico de las más diversas realidades circundantes, pero, como se ha dicho, este conocimiento no puede proporcionarlo la lógica” (1956: 391). Y es que, en efecto, la posición del autor coincide con las limitaciones de la llamada lógica formal. Esta sirve para explicar el procedimiento que ha de seguir el razonamiento hasta llegar a una conclusión, pero no garantiza la verdad o falsedad del contenido del razonamiento, con lo cual se puede partir de una premisa mayor falsa y obtener una conclusión falsa, pese a realizar —para obtener dicha conclusión— un procedimiento lógico impecable. Bien resalta M. Atienza que un argumento deductivo presenta motivo de insatisfacción, en el campo del Derecho, porque la lógica deductiva sólo nos suministra ciertos criterios de corrección formales, pero se desentiende respecto de las cuestiones materiales o de contenido. Señala el autor que “a partir de premisas falsas se puede argumentar correctamente desde el punto de vista lógico; y, por otro lado, es posible que un argumento sea incorrecto desde el punto de vista lógico, aunque la conclusión y las premisas sean verdaderas o, por lo menos, altamente plausibles. En unos casos la lógica aparece como un instrumento necesario pero insuficiente para el control de los argumentos (un buen argumento debe serlo tanto desde el punto de vista formal como material). En otros casos, es posible que la lógica (la lógica deductiva) no permita ni siquiera establecer requisitos necesarios en relación con lo que debe

ser un buen argumento; (...) un argumento no lógico —en el sentido de no deductivo— puede ser, sin embargo, un buen argumento” (1997: 32)

15.- Así lo resalta la Sentencia del Tribunal Constitucional español número 7/1994, F.J. 8º.

16.- Lo que no supone que no sean utilizables en absoluto a los efectos probatorios, porque a pesar de la debilidad para aportar autónomamente la prueba del hecho, pueden ser significativas respecto de los hechos a probar, dada (por ejemplo) su convergencia con las conclusiones que se pueden obtener a partir de otras pruebas.

17.- “Para que la presunción sea admisible, dice L. Prieto Castro, “es preciso que el hecho base o indicio esté completamente acreditado” (1988: 193).

18.- En la prueba indiciaria es requisito que “el hecho periférico esté absolutamente probado o demostrado en su existencia por prueba directa; ya que no cabe deducir un indicio a partir de otro u otros” (Sentencia del Tribunal Supremo español de 11-11-1986, F.J. 2º), porque “los hechos o datos indiciarios han de ser recogidos en virtud de prueba directa” (Sentencia del Tribunal Supremo español número 862/1994, F.J. 3º); en definitiva, según la jurisprudencia constitucional española, los indicios “han de estar plenamente probados, porque no cabe construir certezas en base de simples probabilidades” (Sentencia del Tribunal Constitucional español número 174/1985, F.J. 5º).

19.- Los problemas que genera la aplicación del principio de transitividad pueden ser sintetizados como sigue: “en la medida en que aumenta el número de pasos inferenciales disminuye el valor final de probabilidad que deriva del producto de las fracciones que expresan los valores intermedios. (...) basta imaginar pocos pasos para comprender que este método produce resultados absurdos. Tómense, por ejemplo, las probabilidades intermedias  $A=0,80$ ,  $B=0,80$ ,  $C=0,80$ . La probabilidad resultante es igual a su producto, es decir  $X=0,504$ . Pero esto significa que la concatenación de tres inferencias, cada una de las cuales tiene un alto grado de probabilidad produce un resultado muy <<débil>>. Obsérvese, además, que basta imaginar que  $B=0,70$  para obtener un resultado final de  $X=0,448$ , es decir una hipótesis no aceptable (porque está dotada de un valor de probabilidad inferior a 0,50), como resultado de tres inferencias que están dotadas, todas ellas, de un grado elevado de aceptabilidad. Este resultado es inevitable según la regla de la transitividad, pero es contraintuitivo y califica como inaceptable una conclusión que, en cambio, está razonablemente justificada” (Taruffo, 2005: 271).

20.- “Se trata, en resumen, de no aplicar a la cadena de inferencias la propiedad transitiva que, en cambio, sí está vinculada a la interpretación de las cascaded inferences en términos de probabilidad matemática. Esto permite tomar en consideración por separado cada eslabón de la cadena de forma que esté fundado en una premisa que sea racionalmente adoptada (por el juez) como cierta, así como configurar el grado de confirmación de cada hipótesis concreta de forma que esté determinado únicamente por el criterio de inferencia que se use para obtener conclusiones referidas a la fundamentación de esa hipótesis específica. Todo esto resulta coherente y razonable, aunque implica un punto de vista distinto del de la probabilidad matemática” (Taruffo, 2005: 271).

21.- En este mismo sentido, L. Muñoz Sabaté destaca que “sin la presunción no hay cierre completo de ninguna prueba, porque ciertamente, a poco que profundicemos en su consideración epistemológica, nos daremos cuenta de que, salvo el supuesto, por lo demás rarísimo, de que el propio juzgador haya observado en el pasado el hecho que ahora juzga, todas las pruebas llamadas directas tienen la misma estructura lógica que la presunción” (2001: 400). Y J. Igartua Salaverría destaca que “si bien es verdad que en la prueba indiciaria el razonamiento inferencial juega un papel determinante, no

es menos cierto, aunque el Tribunal Constitucional guarde silencio al respecto, que las inferencias también están presentes en las pruebas directas” (1994: 40).

22.- Dicha autora continúa resaltando que, “desde el punto de vista epistemológico, no hay distinción cualitativa entre las tradicionalmente llamadas pruebas directas (o históricas) y las pruebas indirectas. Las pruebas ‘directas’ son también, desde el punto de vista de su estructura lógica, pruebas indirectas, presuntivas o indiciarias, y, por tanto, producen tan sólo un resultado probable, por más que ese grado de probabilidad pueda ser mayor, habida cuenta del mayor número de pasos inferenciales que requieren. Resulta por ello paradójica la (reiterada) doctrina jurisprudencial que relega las presunciones judiciales a una función ‘subordinada’ a la prueba directa” (Gascón Abellán, 1999: 90).

23.- Sentencia del Tribunal Constitucional español, número 133/1995, de 25 de septiembre, F.J. 3º.

24.- Sólo puede darse esta situación, a juicio de J. Carreras, cuando se habla de algunos indicios (afirmaciones base) necesarios, que no suponen en realidad una dualidad de hechos enlazados, sino un mismo hecho con dos facetas o aspectos distintos (1962: 390).

25.- Señala J. Carreras que “admitir que la relación entre ambos hechos (se refiere a la afirmación base y la afirmación presumida) deba ser tal que excluya incluso la posibilidad de prueba en contrario, equivaldría a hacer prácticamente imposible el uso de presunciones por el Juez” (1962: 390).

26.- Y obsérvese que vistas las cosas hasta aquí la presunción no se distinguiría de la institución jurídica de la prueba, puesto que siguiendo a Carnelutti, “El conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de fijación formal de los hechos controvertidos, constituye, pues, la institución jurídica de la prueba” (1963: 44).

27.- Esta denominación es un legado de la doctrina italiana y utilizada en la doctrina española, entre otros, por Rozas Valdés (1993: 25). También hace la misma calificación, como mecanismo probatorio, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 20 de diciembre de 1990, Fundamento Jurídico quinto.