

La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria

Por LORENZO PEÑA GONZALO y TXETXU AUSÍN DÍEZ *

SUMARIO: 0. CONSIDERACIONES INTRODUCTIVAS.—1. LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN COMO REGLAS DE INFERENCIA INDUCTIVA.—2. LAS INFERENCIAS PRESUNSIONALES NO SON ASUNTO DE DECISIÓN NI RAZONAMIENTOS PRÁCTICOS.—3. ¿SON LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN MERAS PAUTAS PRUDENCIALES?—4. EL ESTABLECIMIENTO NORMATIVO DE REGLAS DE PRESUNCIÓN COMO FRUTO DE LA EXPERIENCIA SOCIAL: REGLAS DE PRESUNCIÓN Y MERAS REGLAS DE CONSTITUCIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS.—5. RELACIÓN ENTRE SUPUESTOS DE HECHO Y SITUACIONES JURÍDICAS: LO PROPIO Y CARACTERÍSTICO DE LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN DENTRO DEL CAMPO DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES.—6. REGLAS DE PRESUNCIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA.—7. EL CARÁCTER VINCULANTE DE UNA REGLA DE PRESUNCIÓN LEGAL ¿CONLLEVA LA OBLIGATORIEDAD DE ACTOS DE ENTENDIMIENTO O DE CREENCIA?—8. CONCLUSIÓN.

0. CONSIDERACIONES INTRODUCTIVAS

Las presunciones en el Derecho no son sino un caso particular del razonamiento presuntivo en general. Como cualquier otra inferencia, una presunción lleva de un cúmulo de premisas, ya probadas o al menos admitidas, a una conclusión, que es el hecho presunto¹.

* Este coautor disfruta de una beca post-doctoral del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (2000-2002).

¹ El artículo 1349 del Código Civil francés dice claramente que las presunciones son consecuencias que se extraen de un hecho conocido a un hecho desconocido; o sea inferencias, razonamientos.

Lo característico de las presunciones es que con ellas obtenemos ciertas conclusiones a partir de una determinada información fáctica y a falta de otros datos, con la posibilidad de que modifiquemos esa conclusión si nueva información nos es proporcionada.

En el ámbito jurídico se distingue entre las presunciones legales, que son inferencias que la Ley obliga a hacer al juez, y las judiciales (de las cuales no nos ocuparemos apenas en este artículo), que son aquellas que la ley le permite hacer. Ahora bien, las presunciones judiciales son inferencias efectuadas «según las reglas del criterio humano» (art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o sea inferencias inductivas o deductivas cualesquiera siempre que se ajusten a reglas de la sana crítica, e.d. de la lógica. El juez tiene prohibido inferir vulnerando esas reglas y, con relación a las presunciones legalmente vinculantes, tiene prohibido abstenerse de extraer inferencialmente las conclusiones que la ley manda sacar de las premisas de la regla de inferencia presuncional.

En cualquier caso, las presunciones en general se fundamentan principalmente –aunque no exclusivamente– en un juicio de probabilidad o normalidad, fruto de la experiencia, sobre el enlace entre un hecho cierto (el hecho indicio o base) y un hecho que se toma como cierto (el hecho presunto). Este nexo o enlace se entiende como la conexión reiterada, repetitiva y constante de unos hechos respecto de otros distintos; es decir, el devenir de los hechos refleja una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos. Sin embargo, no debe confundirse esta vinculación con relaciones de causalidad, pues éstas son inexorables, mientras que en las presunciones precisamente el nexo puede desvirtuarse o romperse por las excepciones. O lo que es lo mismo, el litigante perjudicado por la presunción podrá practicar prueba en contrario. (Este rasgo propio del razonamiento presuntivo no se da en las denominadas presunciones *iuris et de iure*, a las que nos referiremos más adelante. En cambio, las denominadas presunciones *iuris tantum* están sometidas a reserva de que se demuestre lo contrario, esto es, de que se pruebe que, pese a ocurrir el hecho base, no se ha producido el hecho presunto.) En definitiva, la característica común que comparten las inferencias presuntivas, tanto en el Derecho como en el razonamiento común, es su derrotabilidad (*defeasibility*); es decir, que la presunción puede ser destruida o anulada, rasgo que se expresa habitualmente con locuciones como «salvo», «a no ser que», «hasta que», etc.²

² El fundamento de esta pauta de inferencia ha sido extensamente estudiado por los psicólogos cognitivos y por los investigadores en inteligencia artificial, que han desarrollado métodos y formalismos lógicos no clásicos para intentar representar este tipo de inferencias (lógicas del cambio de creencias, lógica por defecto, lógicas modales no-monotónicas, circunscripción, etc.). A este respecto, v. LUKASIEWICZ, W. *Non-Monotonic Reasoning. Formalizations of Commonsense Reasoning*. New York: Ellis Horwood, 1990; BREWKA, G. *Nonmonotonic Reasoning. Logical Foundations of Commonsense*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1991.

Según lo hemos dicho ya, la ley impone el uso obligatorio de ciertas reglas de inferencia, tales que, de la presencia de ciertas premisas, más la ausencia de otras, el juez habrá de extraer ciertas conclusiones (los hechos presuntos). ¿Qué tipo de regla de inferencia es ésta? Según lo argumentaremos en detalle más abajo, se trata de una inferencia inductiva, entendiendo «inducción» en un sentido lato en el que son inducciones todas las inferencias no deductivas; o sea cualesquiera inferencias en las que la conclusión se extrae de la presencia, o previa admisión, de las premisas más algo más adicional, que puede ser el cumplimiento de ciertas condiciones –p.ej. la no admisión, en el acervo de creencias del inferidor, de determinados asertos.

Que haya que invocar esas condiciones adicionales no significa que se transformen en ulteriores premisas, porque la relación doxástica o epistémica de quien queda habilitado a hacer la inferencia no tiene por qué ser la misma con respecto a las premisas y con respecto a esas otras condiciones; en muchos casos, con respecto a las condiciones basta con que se realicen, sin necesidad de tener conciencia de que se realizan. (Así la inferencia presuntiva vale siempre que no esté dada una admisión de hechos impeditivos o extintivos, sin necesidad de postular la necesidad de que se refleje cognoscitivamente que no está dada esa admisión.) No obstante, en cualquier caso, hay que reconocer lo inquietante que resulta pensar que el ordenamiento imponga una obligación de razonar de un modo u otro, aunque sea al juez; una obligación de pensar así o así.

1. LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN COMO REGLAS DE INFERENCIA INDUCTIVA

Las presunciones son inferencias, y más concretamente inferencias teóricas; no son –como lo han sostenido diversos autores– asunto de decisión, ni siquiera razonamientos prácticos, sino razonamientos teóricos que llevan de premisas, que se afirman verdaderas (se dan por verdaderas, se asumen) a conclusiones cuya verdad viene afirmada precisamente en virtud de la presunción.

Que las presunciones sean asunto de decisión es una tesis que creemos errónea, mas comprendiendo bien por qué se ha sostenido. Lo que desean alegar los autores, como Ullman-Margalit³, que avanzan

³ ULLMANN-MARGALIT, E., «On Presumption», *The Journal of Philosophy*, LXXX/3 (March 1983), pp. 143-63. Aunque ese artículo es uno de nuestros principales blancos de crítica a lo largo del presente trabajo, y aunque nuestras opiniones divergen de las de la autora en casi todo, el artículo –escrito hace casi cuatro lustros– conserva un enorme interés; recomendamos vivamente su lectura. De hecho hemos comprobado con agrado cómo es tomado por otros estudiosos también como punto de vista de referencia y en cierto modo de partida.

semejante tesis, es que el paso de las premisas (los hechos asumidos, los fundamentos de la presunción) a la conclusión presuntiva es algo que no viene impuesto estrictamente por reglas de la lógica, ni de la deductiva ni siquiera de la inductiva, ya que, si fuera cuestión de meramente aplicar reglas lógicas, no habría ninguna necesidad de invocar una pauta legal o judicial de presunción.

Si se ha probado o asumido que el conductor obró de mala fe o sufrió una distracción y él confiesa (teniéndose como probatoria esa confesión) que de ningún modo sufrió distracción, la conclusión, por aplicación de la regla lógica de silogismo disyuntivo, es que obró de mala fe. No hace falta presunción alguna, ni nadie hablaría ahí de presunción. No se presume, sino que se prueba la conclusión (que obró de mala fe) a partir de las dos premisas aceptadas (y, en ese medida, dadas por probadas): (1ª) que, o bien actuó con mala fe o bien sufrió distracción, y (2ª) que no sufrió distracción alguna (en absoluto).

No diríamos, en un caso tal, que se ha presumido, a partir de los hechos probados o admitidos, que el conductor obró de mala fe. Eso no es una presunción, sino una prueba lógica, a partir de premisas empíricamente dadas.

Si es diáfana la diferencia entre una presunción y una inferencia deductiva, no está tan clara, en cambio, la que se dé entre una presunción y una inferencia inductiva. En teoría del conocimiento y en epistemología se ha usado la palabra «inducción» con diversos sentidos, siendo acaso la más tradicional de las acepciones la que concibe una inducción como un razonamiento que va de lo particular a lo general (que, en los manuales escolares tradicionales de lógica, se contraponía a la deducción que dizque iría de lo general a lo particular; naturalmente, aquí damos por unánimemente aceptada la superación de ese esquema).

Sin embargo, es dudoso que sea satisfactoria esa caracterización de la inducción. Lo que parece caracterizarla es justamente que hace falta la concurrencia de ciertas condiciones, no expresadas en las premisas, para que a partir de éstas valga una inferencia inductiva –para que el paso inferencial de tales premisas a tal conclusión sea válido, aceptable, admisible o correcto (según los cánones de una lógica inductiva apropiada– que desde luego sólo es lógica en un sentido lato, ya que, en sentido estricto, lógica es únicamente la deductiva).

Así, una inducción vulgar que efectuamos a diario nos lleva de la constatación de que el día X el tren de las 8 llega con 2 minutos de retraso, el día X+1 el tren llega con 2 minutos de retraso, y así sucesivamente para un número *n* de premisas inductivas, a la conclusión de que siempre llega ese tren con 2 minutos de retraso.

No hay sofisma alguno en tal inferencia, aunque su corrección depende de la presencia o ausencia de condiciones que no se expresan en las *n* premisas inductivas: ausencia de evidencia opuesta o con-

traejemplos, indicios de regularidad en el comportamiento de los maquinistas o del servicio ferroviario, fracasos previos de tales expectativas en casos similares y relevantemente vinculados (no lo estarían los que se refieran a un servicio ferroviario extranjero o de otra compañía, a menos que hubiera datos para pensar que se da un estilo o modo de proceder común, etc.).

La diferencia entre lo que las premisas inductivas han de registrar y esas otras consideraciones o esos datos no registrados en las premisas estriba en que la actitud cognoscitiva del sujeto no ha de ser la misma.

Diremos normalmente que un sujeto está justificado, en virtud de una lógica de las inferencias inductivas, a concluir, a partir de ene premisas así que el tren de las 8 llega siempre con retraso, siempre que, aunque él no sea consciente de ello, no se den contraejemplos o no haya evidencia opuesta, no concurran circunstancias que hagan irrelevante ese cúmulo de premisas para la conclusión (circunstancias como podría ser el que no se dé ninguna organización cotidiana del servicio, que actúe, cual lo hacen los seres humanos, según patrones de costumbre o hábito, sino que cada día cambia la organización de arriba abajo y así sólo la pura coincidencia ha hecho que en esos días registrados se haya dado ese retraso de 2 minutos).

La inducción científica se apoya en controles y protocolos más estrictos, en cánones metodológicamente más depurados, pero sigue ajustándose, a grandes rasgos, a ese mismo patrón: lo que justifica a un científico a sacar una conclusión inductiva de un cúmulo de premisas es que, además de que estén dadas esas premisas, y él lo sepa, estén ausentes factores que deshagan, derroten o socaven la base de la inducción.

Requírese del científico, para que su labor sea metodológicamente correcta, científica, racional, que conozca las premisas y que no crea que se den esos factores de socavación del lazo inferencial-inductivo. La depuración metodológico-científica podrá exigir más que eso. Podrá exigir no sólo que el estudioso en cuestión no crea que se den tales factores que contrarresten o socaven la inducción, sino que siga sin creerlo después de haber indagado activamente si se dan o no. El no haberlos hallado es ya un elemento de racionalidad a favor de la inducción, tanto mayor cuanto más grande ha sido la busca y cuanto menos motivos independientes hay para sospechar que se dan tales factores.

Sin embargo, la mayor parte de los razonamientos inductivos no nos vienen legalmente impuestos por ninguna regla de presunciones, sino que el ordenamiento jurídico se limita a dictar que el juez razonará, en la dirección de la labor probatoria, según los cánones del sano juicio, o sea según pautas sanas no sólo de inferencia deductiva sino también inductiva. Es bien sabido que, si ya hay discrepancias entre los especialistas (muchas más de las que cree el lego, incluyendo entre esos legos al legislador) en lo tocante a cuáles son las reglas correctas

de válida inferencia deductiva, mucho más difuminado, maleable y sujeto a criterios metodológicos dispares en el campo de las reglas de la inferencia inductiva.

Sin caer, en absoluto, en el anarquismo metodológico de Feysabend –para quien, en suma, no existe ningún cúmulo universal de reglas correctas de razonamiento o de proceder racional–, sí podemos reconocer que las pautas o los cánones del sano razonamiento inductivo son asunto muy problemático, y que su determinación va variando según las ideas metodológicas de la época, las exigencias del rigor, el contexto de aplicación, ciertos descubrimientos sobre la posible presencia de factores que antes no se podían sospechar siquiera, parámetros diferentes, modos nuevos de medición, disponibilidad de instrumentos técnicos, criterios de relevancia, etc.

En suma, si un lógico puede, sensatamente, ofrecer un manual de reglas de la lógica deductiva (al menos de las reglas básicas, porque incluso en ese campo el Teorema de Gödel seguramente significa que no cabe ofrecer un sistema completo –o sea recursivamente axiomatizable– de las reglas correctas para el razonamiento lógico-matemático), en cambio sería a todas luces desafortunada cualquier pretensión de ofrecer un manual exhaustivo de las reglas de válida inferencia inductiva.

Pues bien, lo que sostenemos –según lo anunciamos ya en el apartado introductorio– es que las presunciones son inferencias inductivas que, ante lo abierto, problemático e indeterminado del manual de reglas de inferencia inductiva válidas, los sistemas legislativos han decidido imponer a los jueces (cuando se trata de presunciones legales; las judiciales son las que el legislador les permite a los jueces establecer, sin imponérselas obligatoriamente).

¿Cuáles son los motivos que nos llevan a adoptar una regla de inferencia inductiva? Son diversos y variables, desde luego. Pero en general exigimos que sean razonables, o si no la inducción será irracional. A menudo consideramos razonable, ante la falta de evidencia en sentido opuesto, concluir, inductivamente, que las cosas han sucedido así o así. La mayoría de nuestras inferencias comunes –también las jurídicas– se hace sin poseer todos los datos, toda la información, todas las condiciones fácticas que pudieran ser relevantes en una determinada situación (normativa) –ausencia de omnisciencia. Consiguientemente, razonamos bajo el supuesto de la ausencia de otra información y, por tanto, el conjunto de plausibles consecuencias no crece invariablemente (monotónicamente) con el incremento de la información. Es decir, nuestra presunción puede ser derrotada, anulada o cancelada (probada en contrario).

En lo que respecta al razonamiento en general, la adopción de tales pautas de inferencia viene justificada por un criterio pragmático de economía informativa o simplicidad, en el sentido de que las presunciones proporcionan un conocimiento específico de lo que se espera que ocurra con ciertas propiedades de ciertos individuos en ciertos

dominios; es decir, con cierta noción de «normalidad»⁴. Más concretamente en el Derecho, se dice que las presunciones vienen justificadas por la necesidad de facilitar, en atención al fin de la Justicia, la prueba de los hechos constitutivos de un proceso (finalidad aliviadora o *Erleichterung*). En consecuencia, se espera que si una presunción está bien elegida, la mayoría de las inferencias será correcta.

Ahora bien, esa racionalidad o razonabilidad no tiene que coincidir forzosamente con el grado de probabilidad en abstracto de que, dadas las constataciones que se tengan, y a falta de evidencia opuesta, las cosas sucedan así. El grado de probabilidad es sin duda un factor importantísimo, mas no es el único relevante. La mejor inferencia inductiva no es la que, en las circunstancias del caso, nos brinda el mayor grado de probabilidad, sino la que se ajusta a un modo de proceder que es el que tiene tendencia a conducir a conclusiones más probables.

Así, en un caso concreto puede suceder que haya muchas probabilidades de que conduzca a un resultado erróneo la aplicación de una pauta metodológicamente aceptada, en el medio especializado, para determinar un hecho, pero aun así lo prudente y razonable, según los cánones vigentes en ese medio especializado, sea seguir esas pautas, aunque en ese caso haya motivos para pensar que otro proceder podría arrojar un resultado más plausible o verosímil.

Supongamos que está en discusión la autoría de un cuadro hallado en un desván de un palacio sevillano, y que –aunque el arte o la técnica del peritaje crítico-artístico no es ciencia exacta ni siquiera ciencia– los criterios comúnmente aceptados entre los expertos llevan a la conclusión de que el cuadro es de Murillo, mas el buen ojo de un experto particularmente cualificado y prestigioso que, hasta ahora, no se ha equivocado nunca en tales casos, dice que no es así. Será metodológicamente razonable y prudente atenerse al criterio mayoritario, aunque en esas circunstancias nuestro presentimiento nos diría, seguramente, que ese experto disidente puede muy bien llevar razón, siendo incluso más probable lo que él sostiene.

(Podríamos aquí tomar una referencia de las discusiones de la doctrina filosófico-moral tardo-escolástica distinguiendo la opinión *tutior*, más segura o más a salvo, de la *probabilior*. La opinión del disidente es, en esas circunstancias, más probable, pero también más arriesgada, porque adoptarla significa dejar de adherirnos al canon de

⁴ Precisamente, en las investigaciones sobre inteligencia artificial, el modelo para el razonamiento no-monotónico o derrotable son aquellas situaciones que se apartan de la regla general, de lo habitual o lo normal. De ahí que lo que subyace al concepto de inferencia derrotable –formulado en términos de modelos de «normalidad»– es que una proposición *b* puede ser inferida de otra *a* si y sólo si *b* es verdadera en todo mundo que es mínimamente atípico (preferible) de entre aquellos que satisfacen *a* (MAKINSON, D., «Five Faces of Minimality», *Studia Logica*, 52 (1993), p. 344).

los criterios comúnmente aceptados entre esos especialistas, sin que haya otro motivo independiente para hacerlo.)

Las buenas inferencias inductivas son, pues, las que vienen avaladas por reglas más probables, no las que conduzcan a conclusiones más probables. Cuando vienen avaladas por reglas más probables son conclusiones más seguras, aunque sean, en el caso concreto, menos probables.

2. LAS INFERENCIAS PRESUNCIONALES NO SON ASUNTO DE DECISIÓN NI RAZONAMIENTOS PRÁCTICOS

Retomando el ejemplo evocado al final del apartado anterior, lo primero que hay que señalar es que lo que está en tela de juicio no es cuestión de decisión. No se trata de decidir si el cuadro es o no de Murillo. No tiene sentido decidir eso. Uno puede decidir decir que lo es o que no lo es, mas no puede decidir que lo sea o no lo sea. Lo que se debate no es asunto de decisión, sino de opinión, de creencia, de afirmación y negación.

En segundo lugar, hay que decir que, no sólo no es asunto de decisión, sino que ni siquiera estamos en presencia de un debate que determine la aceptación o el rechazo de una premisa de un razonamiento práctico. Y es que, además de que de momento lo que está debatiéndose no es una cuestión práctica, como la de qué rótulo se va a poner al cuadro en un museo o en qué sala del mismo se va a colocar, sino cuestiones de conocimiento, de creencia, la cuestión de si el cuadro es o no de Bartolomé Murillo.

Ya se plantearán esos problemas luego; y, claro, en función de la respuesta a la pregunta teórica vendrán las cuestiones prácticas: qué hacer con el cuadro, cuánto dinero dar por él, qué trato jurídico dar al hallador del cuadro o a sus ocultadores, cómo reelaborar los libros de historia del arte, las colecciones de diapositivas etc. Mas que la afirmación, o la negación, de la autoría de Murillo respecto de ese cuadro sirva de premisa para muchos razonamientos prácticos no hace de esa cuestión, en sí, una cuestión práctica, que no lo es.

Las presunciones establecen determinadas creencias o estados epistémicos que luego pueden ser modificados ante nuevos datos o informaciones. Ya hemos apuntado que es precisamente el razonamiento teórico el que proporciona el trasfondo fáctico requerido para la toma de decisiones y la acción y es concretamente en ese contexto de la argumentación probatoria, de la configuración de los elementos fácticos de un proceso, donde intervienen de forma definitiva las presunciones jurídicas. Esta conexión directa entre el razonamiento presuntivo y la dinámica del cambio de creencias ha estado muy clara para los investigadores lógicos y los estudiosos de la inteligencia artificial, de modo que la lógica no-monotónica, las reglas por defecto y

los modelos formales para el cambio de creencias no son sino diferentes maneras de representar un mismo patrón inferencial: el razonamiento derrotable; es decir, la inferencia provisoria y retractable (presunciones), en la medida en que la introducción de nuevos conocimientos puede alterar la situación⁵. Por tanto, una de las características de este razonamiento es que las inferencias basadas sobre información más completa acerca de una determinada situación toman precedencia sobre las inferencias basadas sobre información menos específica, al estilo de una versión cualitativa del silogismo estadístico. Igual que modificamos nuestro conjunto de creencias cuando nueva información contradictoria con lo anterior nos es proporcionada, del mismo modo una presunción (jurídica) puede ser destruida mediante prueba en contrario o datos que la desmientan o contradigan.

Creemos que desfiguran y oscurecen el problema los autores que, a este respecto, invocan que lo involucrado en las presunciones serían actos de aceptación o rechazo, no de creencia y que por consiguiente serían actos de voluntad, no de conocimiento u opinión. Creemos que eso viene de una grave confusión, y que es fuente de ulterior confusión. La confusión originaria o radical es que, en los asuntos en que caben opciones alternativas ninguna de las cuales se impone absolutamente, lo que cabe hacer es elegir, y esa elección es un acto de voluntad. La confusión resultante es que la adopción de reglas presuntivas es como la adopción de unas reglas de conducción o de unas recetas —en suma cuestión de conveniencia, no de verdad—.

Ambas confusiones han de disiparse. La confusión originaria, porque, a tenor de ella, casi todas las cuestiones teóricamente importantes y destacadas pasarían a ser cuestiones prácticas. Hoy sabemos que existe una subdeterminación de las teorías científicas por la evidencia empírica disponible, de suerte que la opción entre dos teorías científicas alternativas no viene impuesta de manera absoluta por los datos sensoriales y por la lógica.

Sin embargo, la alternativa entre dos teorías es, de suyo, una alternativa teórica. Es práctica, y asunto de decisión, para cada uno la cuestión de decir si cree o no, y hasta tal vez sea práctica y de decisión la de decirse a sí mismo, en su fuero interno, que las cosas son así. Mas creer que lo son no es cuestión de decisión.

A falta de evidencia a favor o en contra, es verosímil que obremos pascalianamente actuando, en un *wishful thinking*, como si fuera verdadera la alternativa que más nos guste, o la que choque menos nuestras opiniones preformadas. Mas qué hagamos o dejemos de hacer, o de decir, o de decirnos, es un asunto diferente del que se está planteando de qué teoría científica, de las alternativas compatibles con la evidencia empírica disponibles, es verdadera.

⁵ Véase MAKINSON, D., *op.cit.*, pp. 340-344.

Tal vez haya que decir, también en un asunto así, que es *tutior*, más seguro, atenerse a la vía del *wishful thinking* de preferir la teoría más bonita, la que responda mejor a nuestros ideales valorativo-racionales, la que ofrezca la mejor explicación o la que provoque un menor cambio de nuestra visión del mundo. Podría alegarse justamente que ese modo de escoger es el que de hecho se ha seguido más y que el resultado parece haber sido positivo para nuestra adaptación a la realidad.

Sea así o no, no es el tema de este artículo. Lo que sí es un tema que en este momento nos incumbe es que cuando se trata de abrazar (o, menos pomposamente, adoptar) una creencia, un punto de vista, puede presentarse lo que se está haciendo como una elección, pero no es una elección decisional o práctica, sino una alternativa entre creer y no creer, o entre creer tal cosa o tal otra.

Si así queda disipada la confusión originaria, merece un comentario aparte la confusión resultante, a saber la de que la adopción de unas u otras reglas de presunción es una opción práctica igual que la de un recetario médico o culinario, un código de conducción o cualquier otro cúmulo de decisiones prácticas similares. No es así. Puede, desde luego, adoptarse un código de conducta verbal, y prescribirse que se dirán tales cosas y tales otras no se dirán. Y es verdad que a veces las reglas de presunción tienen una vertiente de regulación de la conducta verbal, obligando a los jueces a decir tales cosas y a no decir tales otras cosas.

Sin embargo, en ese sentido cualesquiera reglas metodológicamente admitidas en una comunidad, como pueden serlo las reglas del sano criterio científico, son reglas de conducta (que regulan al menos el comportamiento verbal, lo que se dice o deja de decirse, lo que se escribe o no se escribe, lo que se publica o no se publica, y así en última instancia lo que se subvenciona y lo que no se subvenciona).

Sin embargo, de suyo lo que, antes de regularse la conducta verbal de tales o cuales agentes, se está planteando es una cuestión de qué ha de tomarse como verdadero y como probado; y eso tanto en las cuestiones de la teoría científica cuanto en las de la prueba judicial. Las presunciones no se relacionan directamente con el fallo, sino con el veredicto, con lo que se declara verdad probada según ciertos cánones de prueba, uno de los cuales es la inferencia de presunciones.

Las presunciones no son –según lo vimos más arriba– sino ciertas inferencias inductivas que el legislador ha impuesto en virtud de la consideración de que es sana la regla de atenerse a esas pautas de inferencia inductiva (presuntiva), aunque en casos particulares pueda haber motivos especiales para sospechar que lo más plausible, o verosímil, o probable, sea algo que no venga impuesto por la pauta inferencial presuntiva.

Lo sano o seguro de atenerse a la pauta o regla de inferencia presuntiva no estriba en que siempre, caso por caso, sea más probable la verdad del resultado que arroje esa pauta, sino en que, de manera general, esas pautas son más seguras y, por serlo ellas, es más seguro atenerse a lo que tales pautas determinen como verdadero. No se trata

—como erróneamente lo estiman los autores que conciben las reglas de presunción como reglas de decisión prudenciales o pragmáticas—de que el resultado de una regla de presunción sea elegido, frente a las alternativas, por una opción valorativa, ética, o por una mayor conveniencia práctica.

Sin duda las cuestiones de preferencia valorativa y de conveniencia son aquí relevantes, como lo son en todas las cuestiones teóricas. Ya hemos aludido más arriba al recurso al *wishful thinking* o procedimientos similares (inferencia a la mejor explicación), que precisamente —según lo hemos sugerido— podría recibir un aval puramente teórico, inductivo.

Al margen ya de esa cuestión tan general está el dato de que muy a menudo *queremos creer* esto o aquello, y eso incluso en las ciencias más abstractas. Un físico, puesto ante ciertos resultados experimentales o cierto razonamiento paradójico, quiere creer que las cosas son o no son así o asá. Y tiene razones, teóricas y prácticas, para esas preferencias; p.ej. un principio de economía, el deseo de tener que introducir los menos cambios posibles en sus teorías previamente adoptadas, o su enseñanza, etc. Mas el problema básico que se debate es una cuestión de verdad o falsedad, no de acción.

Igual que pasa en el mundo del científico, en el de la prueba judicial las inferencias se reputan por sus merecimientos para conducir a la verdad, y la opción por unas pautas de inferencia presuntiva se hace porque la experiencia pasada lleva a la conclusión de que esa regla es más segura, más sana, o sea más susceptible de llevar a la verdad.

3. ¿SON LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN MERAS PAUTAS PRUDENCIALES?

Todo lo dicho al final del apartado anterior puede empañarse con la consideración de que lo sano o seguro de una regla de inferencia presuntiva estriba sólo en que es mejor equivocarse por un lado que por el contrario, y que por lo tanto lo que está en juego es la adopción o no de tales pautas o reglas por sus virtualidades, no de conocimiento, sino de decisión.

Aunque fuera así, eso no quitaría a las reglas de inferencia presuntiva su significado de reglas de inferencia y por tanto reglas que llevan de la afirmación de premisas a la afirmación de una conclusión; reglas teóricas, no prácticas (aunque, de ser correcto el alegato ahora considerado, dependería de un motivo práctico, en última instancia, la opción de un criterio u otro para adoptar reglas de presunción).

Pero es que, además, no es así. Hay casos, como el de la presunción de inocencia (expresión confundente e inapropiada, según veremos), que pueden hacer creer que sí es así, porque la razón por la cual el legislador impone una regla de presunción, como la de inocencia, es la

gravedad de las consecuencias prácticas de no adoptar esa regla, sino adoptar acaso una de sentido opuesto, una presunción de culpabilidad.

Así se dirá que no es que en general sea más probable que el acusado sea inocente que culpable, pudiendo muy bien suceder que la gran mayoría de los acusados sean culpables. Lo que pasa –continuaría el alegato– es que es, prácticamente, mucho peor equivocarse condenando a un inocente que absolviendo a un culpable.

Lo que respondemos a eso es lo siguiente.

En primer lugar, aunque así fuera en ese caso especialmente delicado y espinoso, eso no otorgaría a las reglas de presunción en general un carácter de opciones volitivamente libres determinadas sólo por motivos de preferencia valorativa y no por consideraciones de verdad y de verosimilitud.

Justamente podría suceder que en esa área tan especial del derecho como lo es el derecho penal imperase una ficción, en virtud de una pretensión garantista; como ficciones, desde luego, imperan en muchos campos de nuestras relaciones con los demás, a menudo para no transformar la convivencia en un vaso de acíbar. Queremos creer que nuestros familiares, vecinos, compañeros de trabajo etc. son gente digna, honrada y sin tacha, para no amargarnos y mirarlos a los ojos sin considerarnos hipócritas.

Mas también es verdad que, si esa opción, esa creencia que queremos abrazar y que nos abrigue, se estrella una y otra vez contra el muro de una realidad hostil y decepcionante, tarde o temprano tendremos que salir de ese sopor, de ese dulce autoengaño, porque los amargos sinsabores que de él se seguirán acabarán siendo mucho más ácidos e intragables.

En suma, de ser cierto que, en este caso especial, o en otros similares, la regla de presunción no se basa en un principio de mayor probabilidad, cabría responder que lo que sucede es que existe una ficción jurídica, la ficción de inocencia o inculpabilidad, en virtud de la cual la sociedad cree, quiere creer, que sus miembros no han actuado ni actúan dolosa ni negligentemente. Una ficción de «todos somos buenos» justamente mientras no se demuestre lo contrario.

Pero, además –y esto es lo decisivo–, es que no hacer falta ni siquiera esa reconstrucción, la de una ficción de verdad, porque lo único que ocurre en este caso es, sencillamente, que la culpabilidad no se ha probado. No por ello se ha probado la inocencia. La presunción de inocencia no es tal, en rigor⁶.

⁶ Sobre la presunción de inocencia *vid.* PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, Paris: Dalloz, 1995, pp. 380 ss. PRADEL examina minuciosa y profundamente el significado de tal presunta presunción, recogida textualmente en el Convenio europeo de derechos humanos de 1950 y en el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966. En Inglaterra no está jurídicamente afirmada tal presunción, mas sí lo equivalente, que es la carga de la acusación de probar, no sólo el elemento material del hecho inculminado, sino también el elemento moral, dolo o negligencia.

Lo que pasa es que nadie puede ser condenado ni sufrir de la sociedad un trato que implique condena o sea perjudicial sin que se haya demostrado su culpabilidad⁷. La presunción de inocencia es, sencillamente, una no-presunción de culpabilidad. A nadie se le pueden restringir sus derechos sin prueba de su culpabilidad. Ahí empieza y termina todo este asunto.

La presunción de inocencia no es, pues, tal, sino que es el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo y el derecho a no ser juzgado más de una vez por los mismos hechos. Sería más correcto decir que la culpabilidad no se presume⁸.

En otros casos en los que puede parecer que la adopción legal de una determinada regla de presunciones se basa exclusivamente en el deseo

⁷ Como lo señala Pradel *—op. cit.* en la n. anterior—, la presunción considerada se traduce en que la acusación tenga que probar también la concurrencia de elementos negativos, p.ej. la falta de consentimiento en relaciones sexuales. Sin embargo, resulta ya dudoso que incumba a la acusación probar que no concurrían causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho), ni eximentes por inimputabilidad o inculpabilidad (miedo invencible, error obstativo, anomalía psíquica transitoria) ni siquiera atenuantes cualificados como el estado de arrebató u obcecación ni excusas absolutorias.

⁸ Sin duda, probado el hecho típico (incluyendo en él el elemento moral, dolo o imprudencia), cesa lo que excesivamente se denomina «presunción de inocencia», al menos en parte. Muy probablemente cabe decir que el hecho típico se presume anti-jurídico y, en imputables, culpable. E incluso la carga acusatoria de prueba del elemento subjetivo del crimen parece menor. Si se prueba que Lucas clavó un puñal en el pecho de Juan causando su muerte, resulta algo dudoso que el fiscal o la acusación tengan que probar también el dolo y que Lucas pueda ser absuelto sin más sólo porque no se haya probado que obró con dolo o negligencia. En cualquier caso, el sentir común no sería el mismo con relación al elemento material y al moral. ¿No hay más bien una presunción de que los humanos adultos normales saben lo que hacen, y de que obran voluntariamente? Ni siquiera está claro que haya de probarse siempre el nexo causal; v. Pradel, *op. cit.*, p. 384. En el ejemplo considerado, si falleció Juan a poco de que Lucas le clavara el puñal, parece que ha de haber una presunción de vínculo causal —aunque, desde luego, en abstracto podría haber sido por otra causa, debiendo entonces hablarse de una tentativa de homicidio. Las teorías de la presunción que estamos criticando en este artículo —y que hacen de la presunción asunto de decisión y no de verdad— difícilmente pueden dar cuenta de ese complicado entramado de presunciones y contrapresunciones. Sobre ese enrevesado entrejuego de presunciones, v. también JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Principios de derecho penal, La ley y el delito*, Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1990 (3ª, de 1958), p. 297. Cuando se invoca legítima defensa, ¿hay que probar que la agresión sufrida era ilegítima y que no había venido precedida de provocación suficiente? ¿O la agresión se presume ilegítima y no provocada? Sea como fuere, lo que se presume se presume como verdadero, como un hecho real o existente, no como una ficción útil ni como una decisión conveniente. Las reglas de la presunción en el proceso penal vienen dadas sólo por dos cánones: el máximo respeto a los derechos y la máxima busca de la verdad, según la experiencia humana. Nótese que el entrejuego presuncional referente a los espinosos problemas de la legítima defensa (ilicitud de la agresión provocada por otro acto ilícito y así sucesivamente) rige no sólo en derecho interno sino también, claro, en derecho internacional público. V. NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public* (ed. Patrick Daillier & Alain Pellet), Paris: LGDJ (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1994, p. 747.

de que las cosas sean de un modo u otro, no en la verosimilitud o probabilidad de que haya pasado una cosa u otra, de nuevo hay que señalar que a menudo lo que ocurre es algo parecido a lo que acabamos de ver.

Así la presunción de buena fe en el poseedor o en el firmante de un contrato. Trátase de que quien actúa de mala fe será condenado a ciertas consecuencias jurídicas de sus acciones. No es condena penal, pero es condena. Y cada uno tiene derecho a no ser condenado a ninguna consecuencia jurídica por hechos no probados. Así que, mientras no se pruebe que obró de mala fe el poseedor, tiene derecho a que el fin de su posesión no conlleve otras consecuencias jurídicas que las que conllevaría para un poseedor de buena fe en las mismas condiciones. Lo mismo cabe decir para el contratista cuyo contrato viene anulado o extinguido por alguna de las causas legalmente establecidas.

Es obvio que el ordenamiento jurídico trata de manera diferente al contratista que contrató de buena fe y al que lo hizo de mala fe, estableciendo unas consecuencias jurídicas más gravosas para el último. Y la sociedad ha decidido que cada miembro de la misma tiene derecho al trato más favorable compatible con lo que fehacientemente se sabe acerca de él; o sea, a ser tratado como alguien que ha actuado de buena fe. De suerte que el juez que acuda a la presunción de buena fe para determinar los hechos probados no tiene en rigor que proceder a inferencia alguna. Bástale con señalar que no se ha probado la mala fe y que la ley obliga al juez a absolver a cada parte de las consecuencias jurídicas gravosas que se derivarían de la mala fe, salvo cuando ésta última se haya probado.

De nuevo en este caso la denominación jurídica puede ser confunde, y más que hablarse de una presunción de buena fe habría tal vez que sentar el simple principio de que la mala fe no puede presumirse, sino que ha de probarse, y que nadie ha de soportar consecuencias jurídicas gravosas de lo que no se ha probado (en este caso la mala fe).

Hay casos más dudosos. Así, la ley establece que se presume que los cónyuges viven juntos. O sea, en caso de que falten pruebas en un sentido o en otro, se declara inferencialmente probado, por vía de presunciones, que los cónyuges vivían juntos. Posiblemente estemos aquí ante más de lo mismo. El vivir separados tiene unas consecuencias jurídicas que serán gravosas para una de las partes, la cual tiene derecho a no soportar esas consecuencias jurídicas mientras no se pruebe el hecho antecedente de la separación. Fuera de que interese a una de las partes, tiene escaso sentido, legal o judicialmente, esa presunción.

Mas, aunque, por consiguiente, puede que aquí estemos simplemente ante un caso más del principio general de que cada uno tiene derecho a no soportar consecuencias jurídicas de hechos no probados, y nada más, también cabe pensar que en este caso estamos ante una genuina regla de presunción, a saber: la que fuerza al juez a declarar probado, por vía presuntiva, que los cónyuges vivían juntos, mientras no haya evidencia en sentido opuesto, oportunamente aducida en el juicio.

De ser así, naturalmente puede aducirse a favor de nuestra interpretación cognitivista de las reglas de presunción que, si bien en casos especiales y particulares, puede ser más verosímil que los cónyuges hayan estado viviendo separados (y puede que muchos dijéramos que nuestro sexto sentido, o presentimiento, o una corazonada, o un no sé qué, nos hace creer que no vivían juntos –y hasta a lo mejor da en el clavo esa intuición), el hecho es que la regla de presunción legal es *tutior* porque en general sucede así: los cónyuges suelen vivir juntos (y tienen razones para vivir juntos, no ya las sentimentales, sino múltiples razones prácticas también); y, en aquellos casos, minoritarios, en que no viven juntos, es casi seguro que hay datos objetivos que así lo patenten y manifiesten (facturas, alquileres, declaraciones de vecinos u otros testigos), ya que es muy difícil vivir como un fantasma. El que quiera beneficiarse de una separación fáctica preexistente tiene que demostrarla, porque lo que alega no tiene, en principio, verosimilitud.

Insistamos en que lo revestido de mayor probabilidad es la regla, no el caso particular y concreto, en el que, por circunstancias equis, puede suceder que sea más probable, pese a la falta de pruebas, que hayan vivido separados. La mayor seguridad de la presunción estriba en que la regla suele arrojar resultados más fiables que una regla opuesta o discrepante.

Claro que esa consideración de mayor probabilidad de la regla inferencial en cuestión se compagina bien, en este asunto, con el principio jurídico evocado –el derecho a no sufrir consecuencias jurídicas de hechos no probados. Y es que la parte que se ve perjudicada, en sus pretensiones, por la presunción de convivencia será la que pretenda un cambio, una alteración de la situación jurídica; y existe un principio de mantenimiento de las situaciones jurídicas cuando no se haya probado que hay razones para modificarlas; si se quiere, es un derecho a la permanencia, un derecho de cada uno a que las cosas sigan igual (un corolario de la seguridad jurídica), mientras no haya razones jurídicamente determinantes de una modificación⁹.

⁹ Según ya lo hemos dicho varias veces, las reglas de presunciones son reglas de inferencia jurídicamente vinculantes que llevan, del reconocimiento de la existencia de los hechos representados por las premisas del razonamiento presuncional, a la existencia del hecho representado por la conclusión. Es indiferente para la estructura inferencial que unos u otros de tales hechos sean *meros hechos* o que unos u otros de ellos sean situaciones jurídicas, e.d. que se expresen adecuadamente con oraciones que comporten –de manera esencial o incercenable– un operador deóntico de licitud o de prohibición. No cabe duda de que muchísimas de las presunciones jurídicamente establecidas involucran precisamente situaciones jurídicas, entre otras la de licitud de la conducta, que no es sino una versión fuerte del principio de permisón de que lo no prohibido está permitido: mientras no se pruebe lo contrario, cualquier conducta se presume lícita, permitida. (V. TERRÉ, F. *Introduction générale au droit*, Paris: Dalloz, 1996, p. 435: aplícase esa presunción, con mayor grado de vigencia o fuerza vinculante, a los actos o situaciones que, no sólo existen, sino que han venido existiendo, que han venido durando; al paso que las alteraciones o innovaciones, que

4. EL ESTABLECIMIENTO NORMATIVO DE REGLAS DE PRESUNCIÓN COMO FRUTO DE LA EXPERIENCIA SOCIAL: REGLAS DE PRESUNCIÓN Y MERAS REGLAS DE CONSTITUCIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS

Más claro todavía está el carácter veritativo, cognoscitivo de las presunciones legalmente establecidas cuando examinamos otros ejemplos, como el de la presunción de muerte en los casos legalmente establecidos para la declaración de fallecimiento. Aunque es verdad que las recientes modificaciones legislativas se han debido a razones pragmáticas –rebajando considerablemente el umbral de probabilidad que se reconocía en el derecho tradicional–, éste último, por lo menos, ciertamente no admitía la presunción de muerte sino en casos en los que sería perfectamente razonable inferir inductivamente esa defunción.

Que sea razonable no significa que sea infalible. Y por eso ha habido casos, relatados en la novela y en los manuales jurídicos, de personas cuyo fallecimiento se ha declarado legalmente pero que vivían y han reaparecido después. Y hasta puede, de nuevo, que haya casos particulares y concretos en los que, por algún motivo, y a pesar de respetarse la regla de presunción que impone la declaración del fallecimiento, podamos juzgar muy verosímil la pervivencia del presunto fallecido. Una vez más hay que recalcar que se trata de una probabilidad de la regla, la cual tiene más probabilidad de conducir a la verdad, a más verdades, que una regla divergente u opuesta.

En el derecho canónico, p.ej., aunque se presuma la defunción, el valor de esa presunción es restringido en sus efectos jurídicos, de suerte que el matrimonio contraído por el presunto viudo tendrá una validez condicional, al paso que en el derecho civil surge al respecto un agudo problema que ha debatido la doctrina y en el que no cabe ahora entrar. Lo que parece seguirse es que en el derecho canónico las presunciones, o algunas de ellas, no tienen el valor de reglas conducentes a una afirmación, sino de reglas que suspenden una negación. No se prueba, por la vía de la regla de presunción, que la persona que desea contraer segundas nupcias está viuda, sino que, interinamente, deja de ser invocable el impedimento de ligamen, o se suspende el juicio.

irrumpen en esa duración, no gozan del mismo grado de presunción de licitud.) También hay reglas de presunción para la interpretación de los pactos, convenios, contratos, sea en el ordenamiento jurídico interno sea en el derecho internacional. Justamente porque –en palabras de Leibniz– la acción se presume lícita, el convenio también, y por ende se presume que vale la interpretación que lo haga conforme con el ordenamiento. De nuevo hay que decir que, si bien esas presunciones valen porque conviene que valgan en virtud de favorecer las expectativas razonables y garantizar la confianza legítima y la seguridad jurídica, dejaría de suscribirse su validez si reiteradamente se probara que van contra la verdad. De ser así ya no podría seguir aplicándose una regla presuncional de interpretación, sino que tendríamos reglas autoritativas de modificación del sentido de los convenios.

Teniendo en cuenta que el derecho canónico jugó un papel decisivo y determinante en la evolución jurídica de nuestra sociedad, podemos tal vez ver en esa concepción una particular manera de entender las reglas de presunciones, que posiblemente estaría menos en discrepancia con las tesis que estamos criticando en este artículo¹⁰. Sin embargo, aun en el caso del derecho canónico en su conjunto, creemos que es más sensato entender que, cuando se adopta una regla de presunciones, es por la mayor probabilidad de la regla o sea porque en general es más probable que por la vía de esa regla se desemboque en asertos verdaderos que por la vía de otra regla discrepante u opuesta.

Incluso las modificaciones legislativas que en parte han sacrificado la certeza a la conveniencia hay que comprender que respetan un cierto umbral de probabilidad (aunque menor que el de antes), ya que en los casos previstos por la ley para aplicarse la regla de presunción de fallecimiento es razonable suponer que éste se ha dado. Y sería razonable suponerlo aun sin tal regla legal, por los principios de la sana razón o del sano juicio, o sea por una inferencia inductiva que la mayor parte de la gente consideraría atinada y prudente.

Lo que pasa es que, de faltar la regla legal, aunque el juez estaría de todos modos obligado legalmente a dar por probados los hechos que se deduzcan de otros hechos también probados en virtud de las reglas de la lógica y del sano juicio (o sea las reglas de inferencia comúnmente admitidas), se entraría en un áspero debate en casos así acerca de qué reglas de inferencia valen, porque evidentemente habrá personas o partes interesadas en que no se declare el fallecimiento (p.ej. los aseguradores).

Para poner coto a esa discusión, en aras de la anteriormente mencionada «función aliviadora» del proceso, el legislador impone una determinada regla de inferencia presuntiva. Mas no la impone –cual alegrarían las personas cuyos pareceres estamos aquí discutiendo– en virtud de consideraciones fundamentalmente pragmáticas, valorativas, éticas o prácticas (como podría pensarse que sucedería en este

¹⁰ No deja de ser curioso que, con la enorme importancia doctrinal que en la dogmática canónica ha tenido siempre la teoría de las presunciones, éstas sean tratadas tan escuetamente en el Código de Derecho Canónico. El de 1917, promulgado por el Papa Benedicto XV, dedica al tema un breve capítulo, cc. 1825 a 1828 –aunque, claro está, en muy diversos lugares del Código se establece un amplio cúmulo de reglas de presunción. Así el c. 1015§2 obliga al juez a presumir consumado el matrimonio si los cónyuges han cohabitado después de casarse. Menos plausible juzgamos el parecer del sector doctrinal para el cual esa regla de presunción ha de interpretarse de modo que se presuma la consumación siempre que «los cónyuges, después de casados, hayan estado a solas breves momentos, los precisos para tener el coito» (v. la edición de ese Código en la BAC, Madrid, 1947, p. 375, donde se comenta el canon citado). Sin duda esa regla es rechazable porque es inverosímil que se ajuste a la verdad y que sea una regla probable. La mera conveniencia práctica de adoptarla o de fingir la verdad de la conclusión presuntiva no puede servir para defender ese punto de vista, que posiblemente haya podido sustentarse, en otro tiempo, en la conducta usual, pero que hoy no podría justificarse.

asunto, donde se presumiría la muerte para favorecer a la parte más menesterosa de protección jurídica, las familias de las víctimas).

Una regla así no podría mantenerse si, contra viento y marea, desafiara a la probabilidad y a la verosimilitud. Si prevalece y se consagra la regla de presunción de fallecimiento, en determinados casos, es porque en efecto en casos así resulta, con mucho, más probable y más frecuente que se haya producido esa defunción, no simplemente porque convenga que así se crea a la parte más débil.

También se ha dicho que las presunciones establecidas por el derecho civil responden más a conveniencia que a la verdad, p.ej. la presunción de que el hijo nacido durante el matrimonio ha sido engendrado por el marido y no por otro varón.

Aquí de nuevo podemos dar dos lecturas de la regla de presunción legal. Una es sencillamente que no se presume nada, sino que cada uno tiene derecho a no soportar consecuencias jurídicas de hechos no probados; de suerte que el hijo nacido durante el matrimonio tiene derecho a no ser privado del ejercicio de sus derechos filiales frente al marido de su madre mientras no se pruebe que él no es su padre. En esta lectura, lo que se llama una «presunción» no lo sería en estricto rigor; se trataría de un caso más de la regla de no presumirse hechos que vayan en perjuicio de la persona que disfruta de una situación jurídica.

Sin embargo, cabe perfectamente otra lectura, que vea en esto una auténtica presunción y que se basa, una vez más, no en que las circunstancias específicas de cada caso en particular hagan forzosamente más plausible o verosímil esa concepción matrimonial, sino en que la regla es más segura porque conduce a más verdades que otra regla discrepante u opuesta. No puede ser sólo la conveniencia de proteger a la familia, o al niño, lo que impone esa regla, ni podría socialmente mantenerse tal regla en desmedro de la verdad.

Aun así, hay que decir que esa base veritativa o cognitiva de la regla ahora considerada puede que esté evolucionando con el cambio de costumbres. Solía ser cierto que los hijos concebidos durante el matrimonio eran engendrados por el marido. Pero hoy día el que sea así o no pierde importancia a ojos vista, y eso nos lleva a una tercera lectura de la regla ahora considerada.

La conciencia social contemporánea (a diferencia de la de siglos pasados) distingue la filiación legal de la natural. Nuestras instituciones de derecho civil oscilan un tanto entre ese distingo –hoy socialmente vigente– y la confusión de las dos filiaciones. Desde el punto de vista del distingo, en rigor no se presume nada, sino que se fija la filiación legal, que se otorga cuando el niño nace pasados 6 meses desde el casamiento (salvo en ciertos supuestos en los que el presunto padre tiene que aportar elementos que deshagan esa presunción).

Y es que socialmente la pareja que se casa, a sabiendas del embarazo de la mujer (haya resultado éste de inseminación artificial o de una relación sexual con el novio o con cualquier otro varón) asume la co-paternidad legal sin preocuparse de la genética (la cual hoy día se

devalúa y descompone en factores, al diferenciarse la maternidad uterina de la gamética; y más en supuestos ya fácilmente imaginables de combinación gamética o ingeniería genética).

El derecho civil en algunos casos impone una separación de la filiación legal y de la natural (p.ej. en casos de concepción incestuosa, o cuando brinda a la parturienta la posibilidad de anular registralmente el alumbramiento). Pero en general acude a la ficción jurídica de identificar ambas filiaciones; de ahí una serie de reglas de presunción. Esas reglas, desde la perspectiva de la conciencia socio-familiar más actual, podrían verse, no como reglas de determinación de verdad, ni por ende como presunciones, sino como reglas jurídicas que establecen ciertas situaciones jurídicas en determinados supuestos¹¹.

La regla que nos ocupa confiere al hijo la condición jurídica de filiación legal respecto del marido de la madre, salvo justamente que se acrediten otros hechos impositivos. Tales hechos tienen que existir y además probarse para que no se establezca legalmente la filiación.

5. RELACIÓN ENTRE SUPUESTOS DE HECHO Y SITUACIONES JURÍDICAS; LO PROPIO Y CARACTERÍSTICO DE LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN DENTRO DEL CAMPO DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

Todo lo examinado al final del apartado precedente nos lleva a abordar una cuestión muy importante, a saber: cómo se relacionan los supuestos de hecho con las situaciones jurídicas en virtud de las normas. La lógica jurídica que hemos elaborado y propuesto en otros trabajos contiene el principio de opción vinculante, a saber: que, en la medida en que una alternativa sea obligatoria y que no se realice en absoluto uno de los entre disyuntos de tal alternativa, es obligatorio el otro disyunto. Corolario de ese principio es la regla de las consecuencias jurídicas, a saber: que, siendo obligatorio que, si sucede tal cosa, A, suceda también tal otra, B, cabe inferir de A la obligatoriedad de B¹².

Aunque parezca mentira, ese principio es desconocido por las lógicas deónticas estándar, las cuales tienen que optar entre formular toda obligación condicional con el operador deóntico prefijado (alcance

¹¹ Sobre estas cuestiones nos parece hallar una convergencia entre nuestro enfoque y el de Josep AGUILÓ REGLÁ en su «Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonça», *Doxa* 22 (1999), pp. 649-660. Creemos encontrar varios puntos de convergencia entre nuestros planteamientos y los de Josep Aguiló, aunque también algunos desacuerdos. En lo tocante a la cuestión ahora ventilada, nos parece encontrar en la p. 659 del citado artículo una clara toma de posición a favor del mismo distingo por el que estamos abogando aquí, a saber: la diferenciación entre paternidad natural y paternidad jurídica. Permitímonos imaginar una evolución de las instituciones de derecho civil que lleve el distingo mucho más lejos y autorice la extinción de la paternidad legal por causa justificada.

¹² AUSÍN, T. y PEÑA, L., «La deducción normativa», *Doxa*, 23 (2000).

amplio), en la forma «Es obligatorio que, si A, B» y formular toda obligación condicional con el operador deóntico desplazado a la sola apódosis (alcance estrecho), o sea: «Si A, es obligatorio que B».

Ahora bien, la segunda alternativa de esa enfadosa opción presenta el inconveniente de que el legislador no estará dictando, al proferir eso, ningún precepto, sino que estará profiriendo un enunciado cuya apódosis será un precepto. Además, dado que «Si A, entonces B» equivale a la disyunción entre B y la negación fuerte de A, al presentar el mandato del legislador con contenido condicional como un enunciado con prótasis asertiva y apódosis preceptiva se desconoce que un modo de cumplir el mandato es abstenerse por completo de que se realice la prótasis.

Así, si el legislador manda que quien cause daño a otro ha de resarcirlo, está mandando a cada uno no causar en absoluto daño a otro o resarcirlo; y hay dos modos de cumplir ese mandato: el uno, absteniéndose completamente de causar daño; el otro, resarcido. El que se está absteniendo de causar daño está cumpliendo el imperativo legal, cosa que desconoce la concepción que estamos criticando según la cual el mandato legal sólo establece la obligación condicional de resarcir, y eso para el caso de que se haya causado daño.

Por otro lado, si se opta por representar el precepto condicional como uno en el cual el operador deóntico tiene alcance amplio, la lógica deóntica estándar impide extraer consecuencias jurídicas de un imperativo tal más el supuesto de hecho representable por la prótasis (hecho jurídico –en la terminología común en el derecho, e.d. un hecho que, dado como supuesto de hecho, acarrea consecuencia jurídicas).

Si lo obligatorio es que, si se causa daño, se resarza a la víctima, entonces la lógica deóntica estándar impide, de ese imperativo más el supuesto de que Andrés ha causado un daño a Luis, sacar la conclusión de que Andrés ha de indemnizar a Luis. Lo malo de tal planteamiento es que, con arreglo a él, la lógica no sirve para nada o el derecho no sirve para nada.

Pues bien, una regla legal de presunciones impone, dados unos supuestos de hecho, que son concretamente las pruebas de las bases o premisas de la presunción, extraer como consecuencia la conclusión de que tal cosa sucede o ha sucedido. Así, es obligatorio que, si se prueba que se ha producido un naufragio y que han pasado tales plazos y no se prueba, pese a intentarlo (anuncios, proclamas) que siga viviendo la persona que se sospecha ha muerto en ese naufragio (porque se tienen indicios suficientemente razonables para tal sospecha), entonces se concluya que esa persona ha fallecido (en el naufragio). (Los detalles pueden variar y la formulación perfeccionarse, pero el fondo es ése u otro similar.)

De esa obligación condicional, más el supuesto de hecho de que se pruebe el naufragio y de que no haya señales de vida del presunto fallecido, se sigue la obligación del juez de declarar la defunción. O sea, la estructura de ese procedimiento es: «Es obligatorio que, si A [se ha

dado y se prueba el naufragio] y B [a pesar de los anuncios publicados no se han recibido noticias de la persona que se sospecha falleció en el naufragio], entonces C [se declara su defunción].» De ahí se sigue que, dados A y B, es obligatorio que C (que se declare la defunción).

En eso la regla de presunción funciona igual que cualquier regla jurídica, ni más ni menos. Lo peculiar de esta regla es que es una regla de prueba. Obliga al juez a dar por probado un hecho cuando, habiéndose probado otro (o una conjunción de varios), no hay prueba de la negación de la conclusión (tal vez más bien quepa hablar aquí, no de la simple o mera negación, sino de la negación fuerte, de su total falta de verdad o realidad).

Por eso es fácil confundir terminológicamente las reglas de presunción con reglas de establecimiento de consecuencias jurídicas, que a menudo reciben la denominación de «presunciones» y algunas de las cuales hemos ido examinando en este artículo (como la regla que determina la filiación legal respecto del marido de la madre, que puede entenderse como un precepto de que se establezca tal situación jurídica de filiación en ese supuesto).

Cualquier precepto legal que, a un supuesto de hecho, encadene una consecuencia jurídica puede verse como una regla de presunción, e incluso de presunción *iuris tantum* –si la conexión entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se deshace en presencia de otros supuestos o de una prueba de los mismos¹³. En el caso de las escasísimas presunciones *iuris et de iure*, o irrefragables (cuya existencia ha sido cuestionada incluso en la jurisprudencia jurídico-internacional, y de las cuales es difícilísimo encontrar ejemplos, si es que los hay), dígame que lo que recibe esa mala denominación es, en rigor, simplemente la obligación legal de que, dados ciertos supuestos de hecho, se constituya una determinada situación jurídica, cualesquiera que sean las demás circunstancias que concurran o dejen de concurrir¹⁴.

¹³ Tal es el caso de las lógicas deónticas derrotables que analizan los deberes condicionados como una suerte de deberes *prima facie* (en la línea de W. D. Ross) y que, en consecuencia, establecen restricciones para la aplicación del *modus ponens* –inspirándose en la «lógica por defecto» desarrollada para la inteligencia artificial. V. JONES, A. J. I., y PÖRN, I. «On the logic of deontic conditionals», en *Proceedings of the First International Workshop on Deontic Logic in Computer Science (DEON'91)*. Amsterdam: Vrije Universiteit, 1991, pp. 232-247.

¹⁴ En el derecho francés las presunciones *iuris et de iure* se llaman «irrefragables» y, según lo dice la doctrina, vienen presentadas confusamente por el artículo 1350 del CC. Para TERRÉ, F. *op. cit.*, p. 445, en rigor las presunciones irrefragables no son presunciones sino mandatos legislativos de que ciertos supuestos de hecho acarreen ciertas consecuencias jurídicas. Así la autoridad de cosa juzgada sólo significa que, por ministerio de la ley, las decisiones judiciales firmes son inatacables, o sea adquieren el mismo efecto que las verdades, mas no por ello su naturaleza. La ley no puede hacer verdad lo que no es verdad, ni lo pretende. Por su parte, AGUILÓ REGLÁ, *op. cit.*, pp. 657 ss., concluye que las presunciones *iuris et de iure* constituyen un elemento legal similar a las ficciones jurídicas y que, por tanto, poco tienen que ver con los hechos naturales y el ámbito de la verdad fáctica y más con el entorno de los resultados institucionales y de la imputación de consecuencias jurídicas.

Puede verse como una regla de presunción (de presunción *iuris tantum*) la que determina que quien, habiendo cursado tales disciplinas y pasado tales exámenes, sustente, con éxito, y en sesión pública, una tesis ante un jurado académico *ad hoc*, sea doctor. Puede verse como una presunción, en efecto, porque basta con probar los supuestos –salvo que surja evidencia de hechos invalidantes– para que se tenga por probada la conclusión, o sea que el interesado es doctor.

Y lo mismo cabe decir de cualquier otro precepto condicional, como el que determina que el candidato a una elección que obtenga más votos y presente juramento adecuado sea el titular del cargo. De nuevo basta probar los antecedentes (la candidatura, la votación, la prestación de juramento) para que quede automáticamente probada la consecuencia jurídica.

Lo único que es peculiar y propio de las presunciones –pero sólo de las presunciones propiamente dichas– es que en ellas la consecuencia jurídica es sólo la declaración judicial de que está probado tal hecho. Ese hecho puede ser, a su vez, una situación jurídica, mas ni tiene por qué serlo ni en general lo será. Normalmente es un hecho no-jurídico (sólo será un «hecho jurídico» en el sentido que se usa esa locución en textos de derecho en los que, como lo dijimos más arriba, se llaman así los hechos [no jurídicos de suyo] con consecuencias jurídicas).

Morir no es un acto jurídico, ni desde luego es obligatorio haber muerto cuando se cumplen los supuestos de hecho de la presunción legal de fallecimiento. Lo único obligatorio en ese caso (y por eso es una genuina presunción, en el sentido auténtico) es que el juez declare el fallecimiento; que lo dé por probado –probado en virtud de la regla de presunción (aunque, de no existir ésta, seguramente podría declararse también probado por las reglas corrientes y prudentes del razonamiento inductivo).

Ciertamente una regla es regla de presunción sólo en tanto en cuanto impone al juez una obligación condicional de dar por probado algo en presencia antecedente de la prueba de otro algo y en ausencia de la prueba de hechos impositivos o extintivos¹⁵. Mas, cuando está

¹⁵ Hay muchas reglas de presunción en derecho público internacional que determinan a la vez prescripciones al juez internacional y permisos o derechos de actuación para los sujetos de ese derecho –en primerísimo lugar, los estados. Así está la regla del *estoppel*, tomada del derecho anglosajón. En palabras del Prof. Guggenheim, «l'*estoppel* est une exception d'irrecevabilité opposable à toute allégation qui, bien que peut-être conforme à la réalité des faits, n'en est pas moins inadmissible parce que contraire à une attitude antérieurement adoptée par la partie qui l'avance», *Traité de droit international public* (Ginebra: Librairie de l'Université, 1953 y 1954), t. II, 1. 158. V. También Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.*, p. 850: para que se aplique la regla del *estoppel*, la parte que reclama ha de haberse visto llevada, por la previa aceptación de un principio jurídico-internacional por la parte demandada, a modificar su posición o línea de conducta en detrimento propio. En cuestiones tan complejas siempre cabe la duda de si estamos ante reglas procesales de inferencia presuncional o ante reglas que determinan la existencia de consecuencias jurídicas de ciertos supuestos de hecho. El distingo es, desde luego, pertinente, mas en la práctica puede resultar muy difícil.

vigente una regla de presunción (que, como tal, únicamente obliga al juez), se deriva una regla para los justiciables, a saber la de actuar de cierta manera sin violar el derecho. Así, una presunción legal establece que el poseedor de un bien en dos momentos se presume haberlo poseído todo el tiempo intermedio, salvo justamente que se prueben hechos impositivos u obstativos.

La prescripción adquisitiva depende del transcurso de un plazo, y a veces el interesado puede probar la posesión en diversos momentos de ese plazo mas no puede probar, porque es casi imposible, que tal posesión ha sido continuada. En ese caso es al que se oponga a la prescripción a quien incumbe probar hechos obstativos o impositivos, p.ej. que el oponente ocupó personalmente los lugares durante tal período temporal comprendido en ese plazo.

Muchas veces en derecho tenemos un entrecruzamiento de tales presunciones: se presume A, dado B, a menos que C; pero C se presume, dado D, a menos que E; y así sucesivamente; el que quiera beneficiarse de la presunción de A tendrá que probar que faltó D, o sobre que concurrió E, porque, si no, se presume C, que deshace la presunción de A.

Pero en todos esos casos pasa lo mismo. Las reglas de presunción son reglas que mandan al juez dar ciertos hechos por probados en tales casos y situaciones; pero, derivativamente, son también reglas que confieren a los justiciables ciertos derechos y deberes. Son reglas que establecen situaciones jurídicas anteriores a la declaración judicial, pero que se derivan precisamente de que, llegado el caso, el juez habrá de hacer esa declaración¹⁶.

6. REGLAS DE PRESUNCIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA

Existe un nexo especial entre reglas de presunción y carga de la prueba; referímonos al que viene dado por la prescripción legal de no-presunción. ¿Por qué en ciertos casos ha sentado precisamente el legislador el precepto de que no se presuma esto o aquello? ¿Qué sentido tiene ese precepto de no-presunción? ¿Qué derechos o deberes crea? Si la regla de presunción es –según lo sostenemos en este

¹⁶ Así, p.ej., y volviendo al derecho público internacional, si existiera –como lo quiso crear, un poco demasiado optimistamente, el maestro George Scelle– una presunción a favor de la ratificación de tratados internacionales firmados (pero aún no ratificados) por los estados, entonces esa presunción no sólo podría hacerse valer ante un tribunal de justicia internacional, sino que daría a los demás signatarios unos derechos de actuar en la confianza de tal ratificación. Ése fue el tenor de las alegaciones de Dinamarca y Holanda en la famosa cuestión de la plataforma del mar del Norte, pero el TIJ rechazó el alegato, y desde entonces la jurisprudencia y la doctrina han abandonado la idea de la existencia de esa presunción. V. Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.*, pp. 141-2.

artículo— una regla que, primariamente, crea una obligación para el juez de proceder según una determinada regla de inferencia inductiva (legislativamente consagrada, e.d. que recibe el espaldarazo del legislador y pasa a ser de aplicación judicial expresamente obligatoria por mandamiento de la ley), entonces una regla de no-presunción podría ser, simplemente, la licitud para el juez de no proceder según una regla inductiva que estableciera tal conclusión presuncional. Mas de hecho los textos legales que establecen reglas de no-presunción son susceptibles de una lectura mucho más fuerte, a saber: como prohibiciones al juez de aplicar reglas de presunción legislativamente repudiadas aunque podrían tener, de suyo, aquiescencia de una parte de la doctrina o de la opinión¹⁷.

Llegamos así a la cuestión de si se da un distingo entre verdaderas presunciones y lo que algunos procesalistas llaman «verdades interinas». El distingo es muy socorrido —y sumamente usual en la doctrina—; mas, a la luz de nuestras precedentes consideraciones, creemos que carece de base. Repútanse generalmente pseudopresunciones, meras *verdades interinas*, aquellas en las que la parte beneficiaria de la presunción no tiene que probar nada, porque sencillamente no habría nada que probar.

P.ej., puesto que se presume la buena fe del poseedor, no se trata de una regla de inferencia que lleve de unas premisas que tengan que probarse a una conclusión (el hecho presunto). Así es corriente (aunque al parecer no unánime) establecer el distingo en virtud de la distribución de la carga de la prueba. En las verdaderas presunciones, a una de las partes, la beneficiaria de la presunción, incumbe la carga de

¹⁷ El Código de Derecho Canónico de 1917, en el c. 16^o2, establece: «Ignorantia vel error circa legem aut poenam aut circa factum proprium aut circa factum alienum notorium generatim non praesumitur; circa factum alienum non notorium praesumitur, donec contrarium probetur». Ahí está el gran tema de hasta qué punto ha de presumirse el conocimiento o el desconocimiento de la ley —tema en el que tantas consideraciones fructíferas aportó Joaquín Costa. El sentido del precepto (que el Código civil francés recoge como «Nul n'est censé ignorer la loi») lo que hace directamente es crear obligaciones y prohibiciones procesales para el juez, aunque indirectamente cree derechos y obligaciones para los justiciables. Desde luego existe una obligación de conocer el derecho, dígase lo que se dijere, pero no es una obligación absoluta y por encima de todo, porque a nadie puede exigírsele que renuncie a su vida y sus quehaceres y dedique todo su tiempo a esa tarea. Lo que sí existe, de manera más concreta y específica, son obligaciones del juez de acudir a ciertas reglas de presunción en unos casos y, para otros casos, de no acudir a otras reglas de presunción. Así no podrá aplicarse una regla de presunción que, de una premisa normal y corriente, lleve a la conclusión presuncional de que un justiciable desconoce la normativa vigente. ¿Por qué esa prohibición? Porque esa ignorancia transgrede la ley y nadie debe beneficiarse de un acto ilícito, por muy verdadero que sea, salvo cuando expresamente se le autorice a ello. A menudo será difícil a alguien probar que desconocía la ley sin dar lugar a una vehemente sospecha de mala fe. Hay que tener en cuenta que generalmente el desconocimiento de la ley que se debate no gira en torno a grandes complicaciones o preceptos enrevesados.

probar los hechos fundamentadores de la conclusión presuntiva; no así en las pseudopresunciones.

Mas ¿por qué no hay que demostrar los hechos en que se fundamenta la presunción? En este caso ¿por qué no tiene que probarse la posesión? Posiblemente la respuesta sería que el mero hecho de la posesión es uno en el que coinciden ambos litigantes. Según eso, habría pseudopresunción cuando no haya conflicto de opiniones entre los litigantes acerca de los hechos fundamentadores de la presunción (o sea las premisas de la regla inferencial de presunción).

Mas no cabe duda de que cualquier presunción se basa en algo, en algún supuesto de hecho. Si no, trataríase de una inferencia cuya conclusión presuntiva sería obtenible de cualquier premisa (igual que el que 2 y 2 sean 4 se infiere de cualesquiera premisas, tengan algo que ver o no). Podemos llamar «vacua» a una inferencia de A a partir de cualesquiera premisas, sean las que fueren, o de ninguna.

Las verdades de la lógica y las de la matemática son verdades que pueden establecerse en inferencias vacuas. Y podría haber en derecho presunciones inferencialmente vacuas, como la de que el rey Muhammad VI desciende del Profeta, que puede considerarse tan obvio que no requiere prueba alguna y que un juez marroquí habrá de dar, sea a partir de otras premisas o de ninguna, como hecho probado. O la realidad del holocausto y hasta los detalles numéricos, que un justiciable alemán ha de respetar como verdad histórica, piense lo que piense, y que un juez tiene obligación de presentar en sus antecedentes de hecho como un hecho más, pudiendo inferirlo de otros o de nada.

Exceptuando casos así, aberrantes, las presunciones legales no son vacuas, sino que claramente determinan obligaciones judiciales de llegar inferencialmente a una determinada conclusión a partir de ciertas premisas. Es exactamente igual la estructura de todas esas reglas de presunción, a salvo de las diferencias y particularidades en virtud de las cuales unas de tales inferencias parten de unos hechos –los fundamentos de la presunción– ásperamente disputados por los litigantes, al paso que, en el otro extremo, se da acuerdo entre las partes al respecto, con miles de situaciones intermedias en las que hay acuerdo parcial y también –diversamente dosificado– parcial desacuerdo.

En rigor es irrelevante para la estructura inferencial de la regla de presunción el que se dé acuerdo o desacuerdo entre las partes con relación a tales o cuales premisas de la regla de presunción de que se trate.

Cae por su propio peso que tenderá a darse más desacuerdo cuanto más favorezcan a una sola de las partes tales hechos y cuanto menos obvios o palmarios sean. Así, si se disputa sobre la existencia de una servidumbre consuetudinaria de paso, habrá más tendencia a que lo niegue la parte que tenga interés en su no existencia en tanto en cuan-

to ese perjuicio sea mayor y en tanto en cuanto haya menos datos objetivos, irrefragables, que acrediten su existencia¹⁸.

En un sistema jurídico en el que valga la norma de que la servidumbre consuetudinaria de paso se presume válida o legítima, la parte interesada en que no se reconozca o no se consolide tal servidumbre adoptará una u otra estrategia procesal en función de un cúmulo de circunstancias, como es obvio. Puede cuestionar la existencia de la servidumbre, puede aducir hechos extintivos o impeditivos (p.ej. haber pagado ya a quienes venían disfrutando la servidumbre una indemnización mutuamente acordada para la terminación de la misma; o existir un viejo compromiso –que conste documentalmente o por testigos– de cese de la servidumbre al cabo de cierto tiempo; o la ilicitud de la posesión de los que reclaman el ejercicio del derecho consuetudinario de servidumbre; etc.).

Si estuviéramos dispuestos a mantener el distingo entre presunciones *fetén* y pseudopresunciones (verdades interinamente admitidas), nos veríamos ante graves perplejidades delante de problemas como éste, donde oscila la situación jurídica de las premisas de la inferencia presuncional –oscila entre ser tal que incumba a una parte la carga de su prueba o no le incumba porque sea un hecho obvio o acerca del cual haya acuerdo entre las partes.

Sea como fuere, el asunto de las cargas procesales de prueba ha de ser una cuestión al margen de la estructura probatorio-inferencial de la presunción y de la naturaleza de la regla que imponga tales inferencias presuncionales.

7. EL CARÁCTER VINCULANTE DE UNA REGLA DE PRESUNCIÓN LEGAL ¿CONLLEVA LA OBLIGATORIEDAD DE ACTOS DE ENTENDIMIENTO O DE CREENCIA?

Tal vez el rasgo más chocante de las reglas presuncionales es que imponen al juez una obligación aparentemente doxástica, la de creer ciertas cosas –a saber: la verdad de las conclusiones extraíbles de las oportunas premisas o fundamentos de la inferencia presuncional– en

¹⁸ Nótese la diferencia entre que incumba a la parte que lo alegue la carga de la prueba del hecho representado por la premisa del razonamiento presuncional y que le incumba la carga de la prueba de lo que, si no le incumbiera, sería conclusión de otra regla de inferencia presuncional. Así, p.ej., cuando se dice que el carácter oneroso, no gratuito, de una prestación se presume, y que incumbe a quien lo niegue la carga de la prueba, lo que quiere decirse es que, como en general en las relaciones contractuales, las prestaciones son onerosas, quien desee beneficiarse de una cláusula, en sí improbable (aunque desde luego no imposible) de gratuidad, no puede hacerlo sin suministrar una prueba. Y es que, de no, se estaría condenando a la parte a soportar una gratuidad (consecuencia jurídica) de un supuesto de hecho no probado (a saber: que haya dado contractualmente su aquiescencia a tal gratuidad). *Vid.* TERRÉ, F., *op. cit.*, p. 435.

ciertos supuestos de hecho (concretamente, en el supuesto de que se haya dado o producido prueba de esas respectivas premisas, prueba que puede consistir en lo obvio e incuestionable de la misma o en la común admisión de las partes)¹⁹.

Hay algo inquietante, efectivamente, en que exista una obligación de creer verdaderos, reales, ciertos hechos. La razón de que eso sea chocante o inquietante es que, en principio, nos sentimos inclinados a pensar que sólo son obligatorios actos de voluntad, actos que estén bajo el dominio o señorío de nuestro querer. Ese principio que excluiría del campo de lo obligatorio y de lo prohibido cualesquiera hechos o actos involuntarios podemos llamarlo «principio de voluntariedad deóntica».

No queremos comprometernos a aceptar el principio de voluntariedad deóntica, ni creemos que haya motivos muy fuertes para abrazarlo, aparte de que pueda parecer «intuitivo». Desde luego, ese principio ha de ser rechazado por todos los adeptos de las lógicas deónticas estándar, las cuales acarrearán la consecuencia de que lo imposible es ilícito, e.d. antijurídico, prohibido. Aun siendo, como somos, adversarios de la lógica deóntica estándar (y estimando, como estimamos y hemos defendido, que lo imposible es lícito), no por ello estamos comprometidos a abrazar el principio de voluntariedad deóntica. Éste, desde luego, implica la falsedad de la lógica deóntica estándar, mas la falsedad de la lógica deóntica estándar no implica la verdad del principio de voluntariedad deóntica. Puede haber razones válidas para que el ordenamiento jurídico repunte antijurídicos ciertos hechos, aunque sean de suyo hechos naturales que suceden, o pueden suceder, sin intervención voluntaria del hombre; y que sobreañada una norma que prohíba causar resultados prohibidos (que en rigor es una regla válida de lógica jurídica correcta, a nuestro juicio —el principio del efecto ilícito), con lo que habrá prohibido, indirectamente, cualesquiera actos voluntarios que causen esos resultados prohibidos. Lo prohibido viene marcado como un desvalor o antivalor jurídico,

¹⁹ Para evitar ese resultado de que un precepto legal esté creando una obligación jurídica de creer algo se ha formulado la concepción de las presunciones como reglas, no de creencia, sino de aceptación. Tal es la propuesta de Daniel Mendonça, en su artículo «Presunciones» (*Doxa* 21/1 [1998], pp. 83-98), esp. p. 84. Para Mendonça la obligación de presumir no es una obligación de creer nada, sino de adoptar un estado mental *sui generis*, el de aceptación, que no sería ni epistémico ni doxástico, sino instrumental y dependiente del contexto; vide *ibid.* pp. 85-7, p. 96. Básase en las nociones de aceptación desarrolladas por algunos teóricos del conocimiento, como Lehrer y Cohen. Lo malo de tal propuesta —aparte de la enorme oscuridad que rodea a esa noción de aceptación— es que abre una peligrosísima compuerta. Queremos que, si una regla presuncional viene sistemáticamente desmentida o desafiada por la experiencia —como podría serlo la vieja presunción de posmoriencia del varón, del hijo o del más joven en caso de muerte de varios en un mismo suceso—, se abrogue la obligación de seguir esa regla, por no ser una regla de verdad. No creemos que resuelvan estas dificultades ni el instrumentalismo o ficcionalismo del *como si* ni el invento de un estado mental voluntario de aceptación. Al juez no le está permitido decir que acepta la conclusión de la regla presuncional aunque cree saber que tal conclusión es falsa.

graduable (hay grados más altos y más bajos de antijuridicidad o ilicitud), rebotando esa antijuridicidad en la de las acciones voluntarias que causen efectos prohibidos.

Sea así o no, no es, sin embargo, menester acordarlo en el contexto de la presente discusión. Porque lo que estamos ahora debatiendo es si actos de creencia u opinión pueden ser objeto de mandato o prohibición legal. No pueden serlo si se acepta el principio de voluntariedad deóntica, mas el rechazo de ese principio (rechazo que nos parece más probable y que en todo caso queremos dejar abierto) no conlleva, en cambio, alguna consecuencia acerca de si pueden ser objeto de mandato o prohibición actos de creencia.

Señalemos que las reglas de presunción no son las únicas que parecen imponer el juez un imperativo de creencia bajo determinados supuestos de hecho. La ley manda al juez aplicar las reglas de la sana crítica (o las reglas de la lógica, o las reglas del sano razonamiento humano, o las reglas de la razón: los códigos varían sus formulaciones, mas el fondo siempre es igual o muy similar). Lo que pasa es que hay un grande margen de que disfruta el juez para saber cuáles sean las reglas correctas o válidas de la lógica (o del sano razonamiento, o del sano juicio, o de la sana crítica). Lo que desde luego tiene prohibido el juez es admitir hechos probados, A, B, C, ..., J, admitir que es una correcta regla de inferencia lógica la que lleva de las premisas A, B, C, ..., J a la conclusión K, y no declarar hecho probado K (si «K» es una declaración pertinente para el caso, porque desde luego hay muchas conclusiones lógicamente válidas que son impertinentes en ese contexto; p.ej., si se ha probado que el acusado compró un arma blanca la víspera del crimen, no es pertinente la conclusión –lógicamente correcta– de que compró un arma blanca o un plumero).

En el caso particular de las reglas presuncionales, lo que parece añadirse es la obligación del juez de dar por buena la regla. Cuando la ley no especifica qué reglas son las de la buena lógica, todavía puede un juez argüir que él es adepto de una lógica intuicionista en la que no valga el principio de terció excluso, de suerte que no tiene por qué suponer que el hecho sucedió o no sucedió; o puede argüir que él es relevantista y no acepta la regla del silogismo disyuntivo, para ninguna negación (como buen relevantista no admitirá más que una sola negación)²⁰. Ciertamente es dudoso que hayan existido nunca jueces con tan peregrinas ocurrencias; un oscurantista podrá celebrar que no

²⁰ Menos extravagantemente, el juez puede verse atenazado por un escrúpulo lógico ante un sencillo sorites. Pruébese que Pablo era pobre tal día (p.ej. al nacer) y que, en virtud de un legado, cada día alguien le impone –en una cartilla de ahorros a su favor– un euro. También se admite (como hecho notorio que no requiere prueba) que una diferencia de un euro no hace a dos personas la una rica y la otra pobre, sino que, dándose sólo tal diferencia, o ambas lo son o ninguna lo es. Concluiríamos –según las reglas de la sana crítica– que Pablo sigue siendo pobre al cumplir 50 años, con una fortuna de más de 18.000 euros. ¿Cómo bloquear la inferencia? (La conclusión puede tener claras repercusiones en una prueba judicial, al efecto p.ej. de eximir de ciertas cargas a alguien si es

se dé más estudio de lógica en las carreras de derecho, para por lo menos evitar aberraciones o extravagancias así.

Por otro lado, puede pensarse que el legislador, sin imponer ninguna lógica en particular, sí considera que hay una cierta panoplia de reglas de inferencia lógicas que son las que, en esos contextos, han de aplicarse, sin por ello comprometerse a favor o en contra de ninguna escuela doctrinal lógico-filosófica.

Sea como fuere, el hecho es que, en cualquier caso, el juez está obligado a inferir con lógica, con la sana crítica, y desde luego tiene prohibido admitir la validez lógica de reglas cuya aplicación sea contextualmente pertinente y, sin embargo, abstenerse de aplicarlas en la redacción de los considerandos de su sentencia.

Por ello, la regla presuncional no añade una obligación de pensar de una manera y no de otra que no se esté dando ya con relación a otras reglas de inferencia. Lo único que añade al respecto es la precisión o concreción de que la regla sea tal. Y justamente ése es el motivo que lleva al legislador a imponer ciertas reglas presuncionales, en vez de limitarse a establecer la obligación genérica de razonar según las reglas del sano entendimiento y del sano raciocinio (incluidas las reglas razonables de inferencia inductiva). Hay reglas de inducción cuyo respeto ha venido singularizado por la conciencia social y son las que el legislador abraza e impone a título de reglas de presunción.

Ahora bien, en rigor ni las reglas presuncionales ni, de manera más general, la vinculación de las reglas inferenciales correctas imponen al juez una obligación de creer. Impóñenle tan sólo una obligación de decir. Y el decir es un acto de habla (de habla escrita cuando las sentencias han de redactarse por escrito). Un acto de habla normalmente es voluntario (exceptuadas, si las hay, las proclaciones meramente reflejas e incontrolables o las provocadas por hipnosis o por una fuerza irresistible que mueva la mano del juez sobre el papel, hipótesis todas que podemos tranquilamente dejar al margen de nuestras presentes consideraciones).

En efecto, la única obligación legal pertinente que tiene el juez es la de redactar la sentencia en unos términos, declarando probadas las conclusiones pertinentes que, de premisas que se hayan probado, se sigan según reglas lógicas comúnmente admitidas —y que él mismo admita, en todo caso— o según reglas presuncionales legalmente vinculantes. Su obligación empieza en declararlo así.

Tiene también la obligación de pronunciar un fallo en consonancia con los hechos probados. ¿En qué consiste esa consonancia? Si se declara probada la culpabilidad del acusado, habrá de ser condenado a la pena correspondiente. Si se declara probado, en un proceso civil, el daño y el carácter doloso o negligente de su causación, el causante habrá de venir

pobre.) Las respuestas varían según a qué lógico se consulte (a qué experto o perito en lógica). No resulta nada extraño pensar que el juez rehusará atenerse a la lógica clásica o aristotélica y preferirá razonar según los cánones de una lógica gradualista.

condenado a un resarcimiento a tenor de la ley. Si se declara probada una filiación en los supuestos en que la ley así lo establezca, el progenitor habrá de ser condenado a asumir las responsabilidades correspondientes. Si se declara probado que la asamblea de socios de tal asociación se desarrolló en flagrante y grave violación de los estatutos, habrá de pronunciarse la anulación de las resoluciones de dicha asamblea. Etc. En general, la consonancia estriba es que, si la ley establece que el juez tiene la obligación de, si se prueba que A, fallar que B, entonces cuando se haya probado que A el juez tendrá la obligación de fallar que B. (De nuevo hay que alertar de que tan sencillísima regla de razonamiento jurídico es inválida según la lógica deóntica estándar.)

O sea, la obligación del juez es una obligación de efectuar ciertos actos de expresión; no es una obligación de pensar de una manera determinada. En general, la libertad de expresión tiene, desde luego, una serie de límites. Hay muchos actos de expresión prohibidos y hay actos de expresión obligatorios, bajo ciertos supuestos de hecho. El ordenamiento jurídico ni obliga a pensar de un modo ni tampoco a no pensar de otro. Pero sí obliga a ciertos actos externos. El juez puede no inferir así; mas ha de obrar como si infiriese así, le guste o no. Ha de decir que infiere así.

¿Cabe la objeción de conciencia del juez?

Una persona puede legalmente no ser juez. Lo que no puede legalmente es ser juez, haber dirigido un juicio en el que se haya probado tales hechos pertinentes de los que se sigan lógicamente o presuncionalmente (e.d. según reglas de inferencia presuncional legalmente vinculantes) tales conclusiones y abstenerse, así y todo, de declarar probados esos hechos o esas conclusiones. Si incurre en tal abstención, está conculcando su obligación de juez.

Tiene varias alternativas. Una de ellas es renunciar a su cargo (la renuncia habrá de hacerse en las condiciones legalmente prescritas y no extemporáneamente). Puede, creyendo que las reglas en cuestión son correctas, pronunciar con veracidad y sinceridad la sentencia, declarando en ella hechos probados lo que la ley le manda en esos supuestos. O puede –sin creer en su fuero interno en la corrección de tales reglas, y sólo porque la ley lo manda– aplicarlas, pronunciando una sentencia insincera, declarando, sin veracidad, que se ha probado algo que él, para sus adentros, juzga no-probado.

Imaginemos un juez cuya visión schopenhaueriana del ser humano es de tal pesimismo que le repugne la regla de presumir la buena fe salvo prueba de lo contrario. Él, salvo prueba de lo contrario, infiere la mala fe. Sin embargo, el ordenamiento jurídico lo fuerza a declarar la buena fe en muchos casos, aunque él está íntimamente convencido de que son declaraciones falsas y de que es falaz la inferencia presuntiva que conduce a tan erróneas conclusiones. ¿Qué le queda? En general –como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional– no existe un derecho a la objeción de conciencia, a vivir y actuar según el dictamen de la propia conciencia desobedeciendo los mandatos y las prohibiciones del ordena-

miento jurídico. El juez puede verse en una situación como la de Sócrates en el Critón: sólo le quedan las dos salidas de la hipocresía o de la renuncia. La ley no le impone ninguna obligación de creer que algo es verdad, sino le impone una obligación de decir que es verdad.

8. CONCLUSIÓN

Creemos haber analizado suficientemente una serie de cuestiones importantes acerca de la naturaleza de la prueba de presunciones.

La prueba de presunciones es una prueba; una prueba que resulta obligatoria para el juez en virtud de la prohibición legal de no aplicar determinadas reglas de inferencia inductiva especialmente recogidas por el ordenamiento, a partir de la experiencia y la conciencia social, y catalogadas como reglas de presunción legal.

Esas reglas de inferencia inductiva legalmente vinculantes están muy próximas a reglas jurídicas que determinan la constitución de situaciones jurídicas bajo ciertos supuestos de hecho. Tal proximidad viene dada por dos motivos. El primero es que, si bien la regla de presunciones legal es una obligación para el juez de proceder de una manera determinada en la conducción de la prueba y en la redacción de la sentencia, indirectamente crea también derechos y obligaciones para los justiciables. Y el segundo es que la conclusión que ha de reputarse «hecho presunto», a partir de las premisas admitidas, en virtud de una regla de presunción puede ser (aunque no suela ser en los más casos) una situación jurídica, y entonces puede a veces resultar muy problemático saber si la regla crea la situación jurídica o meramente obliga al juez a declararla preexistente.

La proximidad (y hasta confundibilidad) entre reglas de presunción y reglas de constitución obligatoria de situaciones jurídicas se acentúa todavía más en el caso de las presunciones *iuris et de iure*, que en rigor, y de manera general, cabe reputar como no-presunciones. Nuestro panorama de las presunciones viene así simplificado al descartar tales presunciones supuestamente irrefragables. También lo hemos simplificado al eliminar otras dicotomías al uso, la que dizque opondría las verdaderas presunciones, que conllevarían para una de las partes procesales la carga de probar las premisas de la inferencia presuncional, de las meras verdades interinas o presunciones exentas de ese fardo probatorio.

Despejado así el panorama y aclarada la naturaleza inferencial (inductiva) de la presunción, hemos llegado al hueso más duro de roer, la cuestión de si las reglas de presunción –y las normas legales que obligan al juez a llevar a cabo la prueba y la redacción de la sentencia según los cánones de la lógica– imponen una inquietante obligación legal de pensar o de creer. Creemos haber mostrado que no, aunque sí imponen una obligación de decir.