

LAS PRESUNCIONES EN EL PROCESO CIVIL



Universidad de Valladolid

ALUMNO: RODRIGO MARTÍN LARGO
TUTOR: ABELARDO RODRÍGUEZ MERINO

RESUMEN

Las presunciones se pueden definir como aquellos elementos procesales a través de los cuales tanto el Legislador como el Juez consiguen dar por probado un hecho cuya prueba, de acuerdo a las pruebas e indicios recabados, se asemeja imposible o muy difícil de conseguir.

Su objetivo se consigue, obteniendo la prueba segura de un elemento íntimamente relacionado con el que se pretende probar, y constatando que la única solución a la que podemos llegar es precisamente la que nos es imposible de probar.

Sin embargo, el debate principal se centra en el tratamiento procesal que se le da por parte de la doctrina; pues se duda si se trata o no de una inversión de la carga de la prueba.

PALABRAS CLAVE

Presunción, indicio, carga de la prueba, juicio de probabilidad.

ABSTRACT

The presumptions could be defined as those procedural elements which use the Judges and the legislator in order to probe an element which is nearly impossible with the evidences that they have.

Their principal goal consists in probe an element using others which they have enough evidences, because the only consequence they could have is the untried one.

However, the main debate walks around the procedural treatment that they received; because the authors talk if they are or not a reversal of the burden of proof.

KEY WORDS

Presumption, indication, burden of proof, probability judgment.

ÍNDICE

LA PRUEBA	4
I. LA PRUEBA	4
II. LA PRETENDIDA BÚSQUEDA DE LA VERDAD	4
III. REGULACIÓN	9
IV. OBJETO DE LA PRUEBA	11
V. PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA	12
VI. CARGA DE LA PRUEBA	13
CONCEPTO DE PRESUNCIÓN	15
ESTRUCTURA DE LAS PRESUNCIONES	18
REGULACIÓN	20
ELEMENTOS DE LA PRESUNCIÓN	22
PRINCIPIOS QUE INFORMAN LAS PRESUNCIONES	25
CLASES DE PRESUNCIONES	27
I. PRESUNCIONES LEGALES ABSOLUTAS	27
II. PESUNCIONES LEGALES RELATIVAS	27
III. LAS PRESUNCIONES Y OTRAS NORMAS OBJETIVANTES DE LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA	30

IV. LAS PRESUNCIONES INCIERTAS Y LAS EXCEPCIONES PROCESALES	32
V. PRESUNCIONES PROCESALES U HOMINIS	36
TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS PRESUNCIONES	37
EFFECTOS DE LAS PRESUNCIONES	43
DISTINCIÓN ENTRE LAS PRESUNCIONES Y FIGURAS AFINES	44
I. REGLA DE LA PRUEBA	44
II. REGLA DE LA CARGA DE LA PRUEBA	45
CONCLUSIONES FINALES	49
BIBLIOGRAFÍA	50

LA PRUEBA: INTRODUCCIÓN

I. LA PRUEBA.

En el proceso civil, se distinguen tres fases fundamentales: la de alegaciones, la de prueba y la decisión.

En la primera fase, han de ser las partes las que aduzcan los hechos y fundamentos de derecho de sus respectivas pretensiones, y viene representada por la demanda y la contestación a la misma. Pero para que las partes puedan lograr el éxito de sus pretensiones, deben lograr la convicción psicológica del Juez, que ha de dictar la decisión final, la de veracidad de sus afirmaciones en torno a los hechos.

Atendiendo a esto, la prueba puede definirse como la actividad procesal dirigida a lograr la convicción psicológica del Juez o Tribunal con respecto a la existencia o inexistencia, verdad o falsedad de un dato procesal determinado, o “la demostración de un hecho del cuál depende la existencia de un derecho” (concepción finalista), o “conjunto de medios que puedan utilizarse para obtener dicha demostración” (prueba en su acepción de medio).

II. LA PRETENDIDA BÚSQUEDA DE LA VERDAD (qué pretende obtenerse con la prueba en el proceso civil)

Tradicionalmente la función de la prueba ha venido refiriéndose al descubrimiento de la verdad, dándose así origen a un mito en materia de prueba. En este sentido de la búsqueda de la verdad se pronunció toda la doctrina del siglo XIX y también buena parte de la del presente, para la que "las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad" (Bonnier¹). Sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración era demasiado ambiciosa. La humildad ha exigido acabar con este mito.

¹ M. Eduardo Bonnier; Teoría de la esencia de la prueba; traducido por D. José Vicente y Caravantes; 1856.

1. La renuncia a la verdad.

La necesidad de renunciar a la búsqueda de la verdad se descubre simplemente teniendo en cuenta algo que es consustancial con el proceso civil:

a) Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de los mismos.

b) Los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia. (art. 281.3 LEC, los denominados hechos admitidos, salvo aquellos hechos que sean material del proceso excluida del poder de disposición de los litigantes).

c) Respecto de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora, lo que supone que:

1º) En sentido estricto la investigación implica ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos y, evidentemente, éste no es el supuesto del proceso civil; en él las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hechos y el juzgador se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones y, además, sólo en el caso de que hayan sido negadas o contradichas. Únicamente respecto de los hechos controvertidos ha de producirse la verificación o comprobación (STS de 21 de octubre de 1993). Por lo que tampoco es preciso la prueba de los hechos notorios, que son los que disfrutan del conocimiento generalizado en el lugar y el tiempo en que el proceso se desarrolla (lo conocido por todos, y en consecuencia, por el Juez, por ejemplo: un desastre nacional o internacional, una guerra..., a ellos se refiere el art. 281.4 LEC para indicar que no es necesario probarlos).

2º) Los elementos con los que debe producirse la verificación no son los que decida discrecionalmente el juzgador, sino los que propongan las partes. En otros ordenamientos jurídicos, los basados en una concepción autoritaria del juez, éste puede decidir sin petición

de parte, la práctica de medios de prueba, pero en el Derecho español, de raigambre liberal y garantista, sólo se practicarán los medios que propongan las partes. El juez puede rechazar un medio de prueba propuesto por la parte, pero no puede practicar un medio de prueba no propuesto por ellas (es una consecuencia del principio dispositivo que rige en todo proceso civil y que permite a las parte, entre otras cosas, allanarse, desistir, llegar a un acuerdo...- viene previsto en el art. 19 ss LEC)

3º) Además la actividad verificadora ha de realizarse conforme al procedimiento previsto en la ley, y no de cualquier otra forma. El principio de legalidad que informa todo el proceso civil, expresado en el art. 1 de la LEC, tiene aquí una especial incidencia, por cuanto el legislador sujeta a reglas precisas el cómo realizar la verificación.

4 º) En la verificación no todo vale, esto es, no pueden sacrificarse derechos que se consideran superiores a la misma verdad, como se manifiesta de modo muy claro en la ilicitud de la prueba, que determina que determinados conocimientos no sirven para determinar qué hechos se entienden probados, de modo que el legislador ordena al tribunal que en la sentencia desconozca hechos que, sin embargo, se conocen (art. 11.1 LOPJ, para determinar sobre su ilicitud antes de la Sentencia, art. 283 ss LEC).

Todo lo anterior nos indica, sin más, que la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil. Si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquéllos, no hace falta más para convencernos de que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal. Y adviértase que no nos hemos referido a las reglas legales de valoración de la prueba.

2. Las clases de verdad

Descartada la concepción anterior, la doctrina distinguió entre clases de verdad con referencia a las clases de procesos. Se pasó a sostener que si en el proceso penal la función de la prueba debía seguir siendo la búsqueda de la verdad, que se calificó de material, en el proceso civil bastaba con una verdad que se llamó formal. Si el juzgador estaba jurídicamente limitado en la búsqueda de los hechos, el resultado de la actividad probatoria

se admitió que no podía ser la "verdad verdadera", sino simplemente una verdad jurídica, no basada en las leyes de la lógica sino fundada en las leyes jurídicas.

La distinción anterior era y es absurda pero fue sostenida por la doctrina (sobre todo la alemana) durante décadas y, sobre todo, permitió a los procesalistas penales diferenciar la prueba penal de la civil. El mito de la verdad formal fue destruido por CARNELUTTI, simplemente evidenciando que la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad normal coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad.

La claridad de la inexistencia lógica de clases de verdades, que sólo se explica desde la persistencia de un mito que está más allá de la razón, no está impidiendo que aún en la actualidad se haga referencia en ocasiones, y hasta en sentencias de los más altos tribunales, a la verdad material, o a que al tribunal no puede conformarse con la verdad formal y a otras expresiones de este género.

3 . Las funciones de la prueba

A partir de la destrucción del mito, la doctrina se ha dividido en corrientes no muy bien perfiladas, en cuanto las diferencias entre unas y otras son de matiz, si bien cabe distinguir entre:

A) Fijar hechos

Una cosa es la fijación de los hechos controvertidos u ordenación del uso de determinados procedimientos que sirven para establecer los hechos conforme a lo dispuesto en la ley, aunque no se consiga la verdad. La ley regula una serie de mecanismos que el juzgador tiene que utilizar como sistemas únicos para llegar a la fijación de los hechos y esa fijación es la función de las normas probatorias.

No se está haciendo exclusivamente referencia entre esas reglas a las legales de valoración de la prueba, ni a las que determinan cuándo un hecho es controvertido. Incluso la prueba de los hechos controvertidos, cuando se trata de la valoración libre, debe practicarse conforme al sistema de la ley, y ese sistema no tiende al descubrimiento de la verdad sino a dejar establecidos formalmente los hechos de los que debe partirse en la sentencia.

Esas reglas son el resultado de pretender lograr la seguridad en la determinación de los hechos (utilizando las experiencias acumuladas para evitar errores) con economía en el esfuerzo (evitando la realización de actos superfluos). Naturalmente nada impide que con los medios jurídicos de fijación de los hechos se llegue realmente a descubrir la verdad, lo que por otra parte debe ser lo normal; lo que se dice en esta concepción es que la actividad probatoria se conforma con fijar los hechos necesariamente cumpliendo unas reglas jurídicas.

B) Convencer al juez

Y cosa distinta es la convicción psicológica del juzgador, con lo que prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto a unos datos procesales determinados. Abandonada la pretensión de obtener la verdad, es decir, la realidad objetiva de los hechos, aparece la función de lograr otra realidad, si bien subjetiva, la convicción del juez.

Naturalmente esta concepción se ve obligada a negar o a quitar valor a elementos que vienen impuestos por la ley. Dada la existencia en nuestro Derecho positivo de medios de prueba con valor legal, afirmar que la función de la prueba es lograr la convicción del juez supone desconocer esas reglas legales, y para ello se dice que las mismas son "un residuo histórico de viejas concepciones en trance de continua superación" (Guasp²).

Por otra parte la convicción acaba por referirse a la probabilidad. La certeza se produce cuando la inteligencia manifiesta la realidad de una afirmación, pero la certeza absoluta sólo puede producirse en el campo de la física o de la matemática, no en el del proceso, en el que sólo cabe una certeza moral, que se resuelve en la convicción, en cuanto medida psicológica de la certeza (Furno³).

C) La certeza

Hoy no puede mantenerse una concepción unilateral de la concepción de la prueba procesal por cuanto no cabe determinarla de modo absoluto, es decir, sin referencia a un

² Jaime Guasp; Derecho procesal civil; Madrid, 1997.

³ Carlo Furno; Teoría de la prueba legal; Italia.

determinado Derecho positivo. Es cierto que en los últimos años se tiende a hacer equivaler prueba con convicción judicial, pero ello debe matizarse como decimos a continuación.

Puede acabar así sosteniéndose que, consciente el legislador de la imposibilidad de obtener la verdad metafísica y la física, reconduce la prueba a la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes, si bien asume que esa certeza puede lograrse de varios modos:

1 °) Excluye de la prueba las afirmaciones de hecho de las partes sobre las que existe conformidad entre ellas, lo que se hace atendiendo a la naturaleza dispositiva del derecho material a aplicar.

2 °) Establece unas veces en la ley y de modo reglado el valor que el juzgador debe conceder a un determinado medio de prueba, en el sentido de que configura la certeza independientemente del criterio subjetivo del propio juez, y ello hasta el extremo de que cabría referirse a una "certeza objetiva". Cuando la ley establece una norma de valoración lo que está diciendo es que, por ejemplo, la afirmación de hecho realizada por una parte que se ha verificado por un documento público ha de ser tenida como cierta por el juez.

3 °) Otras veces dispone en la ley que el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno conforme a las reglas de la sana crítica, con lo que la certeza se pone en relación con el convencimiento psicológico del mismo juez. En este caso cabría hablar de "certeza subjetiva", siempre que no se olvidara que no se trata de que el juez pueda decidir "en conciencia", pues la necesidad de motivar la sentencia ha de llevarle a exponer de modo razonado cómo ha llegado a formarse su convicción partiendo de los medios de prueba practicados.

El humilde abandono de la verdad y la consciente asunción de la certeza lleva a definir la prueba en nuestro Derecho positivo como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

III. REGULACIÓN.

A diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente LEC, donde la regulación de la prueba era caótica, dispersa y desperdigada en varios textos normativos, en la actualidad, la regulación de la prueba en el proceso civil se encuentra en su práctica totalidad en la LEC, habiendo sido derogadas las disposiciones que en esta materia se contemplaban en el Código Civil. Así, en los capítulos V y VI del título I del libro II de la LEC se contempla lo que se podría denominar parte general de la prueba (esto es, disposiciones sobre el procedimiento probatorio y sobre el objeto y admisibilidad de la prueba), así como algunas disposiciones dispersas en dicho cuerpo legal que se refieren fundamentalmente al procedimiento probatorio. Así pues, la regulación de la prueba en la nueva LEC, queda sistematizada del siguiente modo:

I. Parte General:⁴

Objeto: art- 281, 752 Carga: arts. 217, 752 Valoración: arts. 376, 319, 326, 348, 376, 382, 384, 752 Admisibilidad: arts. 283, 752

II. Procedimiento probatorio:

Prueba anticipada: arts. 293, 294 Aseguramiento de la prueba: arts. 297, 298 Proposición y admisión de prueba: En general: arts. 206.2.2o, 284-287 Juicio Ordinario: art. 429 Juicio Verbal: arts. 440, 443, 445, 446 Procesos sobre capacidad de las Personas: art. 759 Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad: art. 767 Procesos matrimoniales: 770.4o Práctica o ejecución de la prueba: En general: arts- 137, 138, 169.4, 289-292

Orden a seguir en la ejecución de los medios de prueba: 300 Juicio Ordinario: arts. 431, 433 Juicio Verbal: 443, 445 Procesos sobre capacidad de las personas: art. 759 Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad: art. 767 Procesos matrimoniales: art. 770.4 Diligencias finales: art. 435, 436 Prueba en el recurso de apelación: art. 460

III. Parte especial:

⁴ Todos los Artículos corresponden a la LEC del año 2000.

Medios de prueba (enumeración y numerus apertus): art. 299 Prueba de interrogatorio de las partes: 301-316 Prueba documental:

Documentos públicos: 267, 317-323 Documentos privados: art. 268, 324-327 Disposiciones comunes: arts. 265, 266, 328-334 Prueba pericial: arts. 193.1.3o, 335-352 Prueba de reconocimiento judicial: arts. 353-359 Prueba testifical: arts. 193.1.3o, 360-381 Prueba de reproducción de sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso: arts. 382-384

Presunciones: *Legales: 385 Judiciales: 386*

IV. OBJETO DE LA PRUEBA: art. 281 LEC. La actividad procesal de índole probatoria, siguiendo la tradición histórica, recae sobre un triple objeto: los hechos, la costumbre y el derecho extranjero.

1. ¿Qué hechos son objeto de prueba? aquellos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso (art. 281.1 LEC, los denominados hechos relevantes). Los identificadores de la causa petendi, sobre éstos debe plantearse la oportuna actividad probatoria, en tiempo y forma, proponiendo cualesquiera medios probatorios admitidos por la Ley. Además, han de ser controvertidos, es decir, negados o contradichos por la parte contraria a aquella que los hubiera aportado en el proceso. Así se desprende del art. 281.3, en una interpretación negativa o a contrario de su enunciado, que exonera de la actividad probatoria “los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes”.

Están exentos de prueba: los irrelevantes (accesorios, colaterales o meramente argumentativos), los no controvertidos (como se indicó anteriormente, los no discutidos por las partes), los notorios (a los que antes se ha hecho referencia) y los favorecidos por una presunción (prueba por presunciones: 385, 386 LEC).

2. La costumbre: cuando sea alegada por alguna de las partes (281.2 LEC, 1.1 y 1.3 CC, es una fuente del derecho), a excepción de aquella en la que las partes estuvieran conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público.

3. Derecho extranjero: debe ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia (281.2 LEC), por quien lo alega y por los medios de prueba admitidos en la ley española. Advertir que las normas de derecho comunitario no son extranjeras, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico, y una vez publicadas, los tribunales españoles deben conocerlas y aplicarlas, y por tanto no precisan de prueba alguna.

V. PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Proposición: le corresponde a las partes. Solo el tribunal podrá acordar de oficio la práctica de determinadas pruebas cuando así lo establezca la Ley (art. 282.1 LEC). (por ejemplo, la exploración o el informe forense en procedimientos sobre capacidad de las personas; o la prueba biológica, en los de filiación).

El momento para la proposición: en la Audiencia Previa, en el juicio ordinario. En el verbal, en el acto de la vista. Aunque con especialidades, como es el caso de interesar la práctica de testifical o interrogatorio de perito, cuya citación debe interesarla con la antelación que dispone el art. 440 LEC, a no ser que sean traídos por la parte a dicho acto.

Admisión: le corresponde al tribunal (art. 281.1 LEC), en el acto de Audiencia Previa (J.O.), o en la vista (J.V.) como regla general. Contra la resolución, cabe reposición (en el Juicio Ordinario), en el acto y en caso de desestimación, protesta (solo protesta en el acto de Juicio Verbal), a efectos de la Apelación (285.2 LEC).

Se inadmitirán las impertinentes (no guardan relación con el objeto del proceso), las inútiles (que no contribuyan a esclarecer el objeto del proceso), así como las prohibidas por la ley (283.1 2 y 3 LEC).

Práctica:

- Forma - contradictoriamente en vista pública, con publicidad y documentación. Hay determinadas excepciones, cuando se hace necesario para la protección del orden público, seguridad nacional, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y otros derechos y libertades lo exijan o el tribunal, lo considere estrictamente

necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia (138.2 LEC). Es inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes, testigos, reconocimientos de lugares/personas u objetos, en la reproducción de palabras, sonidos e imágenes, y en el interrogatorio de los peritos (389.2 LEC). 289.3 LEC (reformado por la LeNoj): Se llevarán a cabo ante el secretario judicial la presentación de documentos originales o copias auténticas, la aportación de otros medios o instrumentos probatorios, el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, formación de cuerpos de escritura para el cotejo de letras y la mera ratificación de la autoría del dictamen pericial, “siempre que tengan lugar fuera de la vista pública o el secretario judicial estuviera presente en el acto. Pero el tribunal habrá de examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y dictámenes escritos y cualquier medio o instrumento que se aportare (precepto modificado con la LeNOJ) Unidad de acto: excepciones: 290 LEC (reformado por la LeNoj), pero siempre antes del Juicio o vista. Citación a las partes, con suficiente antelación (art. 291), y garantizando los principios de audiencia, contradicción y defensa.

VI. LA CARGA DE LA PRUEBA.

Si después de haber leído los artículos de la LEC dedicados a las Disposiciones generales sobre la prueba (los arts. 281 a 298), se encuentra alguien sorprendido de que en los mismos no se haga referencia a la carga de la prueba, ello sólo puede ocurrir porque ese alguien no ha comprendido lo que es la carga misma y su significado como norma procesal, pues su finalidad no es determinar quién debe probar sino sólo establecer las consecuencias de no haberse probado. Quien comprenda la naturaleza de esa norma ha debido buscarla entre las relativas a la sentencia, y allí la habrá encontrado, en el art. 217.

1. Los principios de aportación de parte y de adquisición procesal.

Establecido lo que se ha de probar, el razonamiento lógico conduce ahora a preguntarse quién debe probar. En términos muy generales la respuesta no ofrece problemas; el principio de aportación de parte, tal y como ha sido entendido en la LEC y en la mayoría de los códigos procesales, determina que son las partes las que deben probar. Sobre ellas

recae la carga (que no la obligación) de alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, y sobre ellas recae también la carga (otra vez, no la obligación) de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juez de su realidad o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración.

El principio de aportación de parte según nuestro Derecho sirve, pues, para determinar que son éstas las que tienen la carga de la prueba, pero el principio no sirve para nada más y, en concreto, no nos dice cómo debe distribuirse la carga de la prueba entre las partes. Con sólo este principio para el tribunal es indiferente quién ha probado los hechos alegados. La alegación por el demandante de los hechos que fundamentan la pretensión (hechos constitutivos) sí es manifestación del principio dispositivo, y que también lo es la alegación por el demandado de los hechos excluyentes, mientras que todos los demás hechos impositivos y extintivos), que no conforman la pretensión ni la excluyen, ha de ser, sí, alegados por las partes, pero para que el juez los tenga en cuenta no es preciso distinguir cuál de ellas los ha alegado. Pues bien, el principio de adquisición procesal supone que, estando los hechos bien alegados, cualesquiera hechos, y estando probados, el tribunal ha de partir de ellos en la sentencia, sin referencia a cual de las partes los ha probado. Hasta aquí la doctrina de la carga de la prueba no ha entrado en juego. Nos hemos limitado a recordar que los hechos (los datos, si se quiere) alegados han de ser probados por las partes. Esta doctrina nos debe responder a la pregunta, pero ¿cuál de las partes?

2. El hecho dudoso y el non liquet Al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el tribunal puede considerar que los hechos para él se encuentran en alguna de estas tres posibilidades:

1a) El hecho alegado por alguna de las partes existió: Debe extraer la consecuencia jurídica prevista en la norma (se alegó la celebración de un contrato y se ha probado por el demandante su existencia: debe condenar al demandado a pagar).

2a) El hecho alegado no existió: No habrá lugar a aplicar la norma en la que la parte pretendía ampararse (se alegó el contrato y se ha probado por el demandado que no existió: debe dictar sentencia absolutoria).

3a) El hecho no ha llegado a ser probado, colocando al tribunal en la situación de duda: Esta situación de incertidumbre no le permite dictar una sentencia de non liquet, es decir, no puede dejar de resolver (El art. 1.7 CC impone al juez el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozca -y de hacerlo conforme al sistema de fuentes establecido-, lo que corrobora el art. 11.3 LOPJ, este último con referencia al principio de tutela efectiva del art. 24.1 CE. El deber de dictar sentencia, resolviendo la cuestión planteada, es el básico del juez en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, al mismo tiempo, integra correlativamente el derecho de acción. Por ello, el art. 448 CP tipifica el delito de denegación de justicia y lo hace como una manifestación de la prevaricación).

La doctrina de la carga de la prueba adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde este punto de vista final del proceso. No trata tanto y directamente de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, cuando de establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos. La jurisprudencia española lo ha entendido correctamente al estimar que la doctrina del onus probandi tiene el alcance principal de señalar las consecuencias de la falta de la prueba. Pero incluso desde esta perspectiva, la pregunta que debe hacerse el tribunal, partiendo de que un hecho no ha sido probado, es a quién perjudicará esta circunstancia y, consiguientemente, quién debió probarlo.

Por este camino, indirecto para nosotros en este momento, la carga de la prueba se resuelve en quién debió probar. Resulta así, pues, que la doctrina de la carga de la prueba produce efectos en dos momentos distintos y con referencia a diferentes sujetos:

1.º) Con relación al tribunal sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante un hecho no probado, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba. En principio la sentencia será desfavorable a aquella parte que pidió un efecto jurídico establecido en la norma cuyo supuesto de hecho no se probó.

2.º) Con relación a la parte sirve para dejar probado un hecho que, si bien no se logró su existencia plena a través de las pruebas practicadas y los hechos alegados; era consecuencia lógica de lo alegado y lo probado durante el juicio.

CONCEPTO DE PRESUNCIÓN

Cuando el indicio estimula el pensamiento del juzgador se produce la presunción. Es un concepto mayoritariamente lógico; interesa a la psicología en cuanto que presumir equivale al acto de pensar inteligentemente, sin embargo, la estructura pertenece al dominio de la lógica⁵.

Esta doctrina parte del concepto desarrollado por Serra Domínguez; quien decía que la presunción es una actividad intelectual del juzgador que, partiendo de un indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente.

Una acepción gramatical nos llevaría a considerar a la presunción como sinónimo de sospechar o conjeturar.

Mientras que una noción vulgar nos la define como aquella actividad mental valorativa incompatible con una plena seguridad.

Para Hedemann⁶ establece que presumir es aquel grado de convicción que cuenta de antemano con la posibilidad de demostración de la realidad contraria, a pesar de esto, y través varias vacilaciones, se pronuncia decididamente por una de las dos soluciones.

Definición que juridifica añadiendo ciertos elementos, quedando la definición como: “actividad intelectual probatoria del jugador, realizada en la fase de fijación, por la que se afirma un hecho distinto al afirmado por las partes instrumentales”.

Sin embargo, esa definición queda matizada en dos elementos por esta doctrina; en primer lugar, no consideran que existan presunciones sino presunción.

Lo que quiere decir que pueden darse uno o varios indicios, pero no significa que cada uno de ellos configure una presunción diferente.

⁵ Luis Muñoz Sabaté, La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados); Barcelona; 1972.

⁶ J. Wilhelm Hedemann, Las presunciones en el Derecho; traducido por D. Martín Luis Sancho Seral; pag. 8; 1931.

En segundo lugar matizan la definición desde el punto de vista lógico-formal; puesto que entienden que cualquier prueba sería prueba de presunciones.

Esta idea se apoya en doctrinas como la de Bonnier⁷ quien defiende que toda prueba consiste en pasar de un hecho conocido a otro desconocido, si bien la inducción que conduce del uno al otro sea tan rápida que pase desapercibida.

Todos conocemos que la mayoría de las teorías quieren diferenciar la presunción de la prueba, a base de mayor o menor inmediatividad de la relación existente entre el hecho que constituye la fuente de conocimiento y el hecho a probar fueron objetivadas por Carnelutti; quien introdujo la diferenciación más sutil al basarla en la naturaleza representativa o no representativa de los hechos inductores⁸.

Para Carnelutti representar significa reproducir con signos o con palabras el hecho histórico que se quiere probar; por lo que tiene un contenido simbólico.

Los juristas anglosajones lo han intuido perfectamente al hablarnos de circunstancias o pruebas de circunstancias (esta prueba, por cierto, no tipifica ninguna categoría dinámica como entre nosotros la presunción. La circunstancial evidence son sólo los *facts as evidence of other facts*).

Salvo el indicio necesario, los demás son hechos no substanciales al hecho histórico a demostrar.

Al hablar ahora de la prueba de presunciones, debemos entender que al entender que todo razonamiento tiene naturaleza presuntiva la podríamos llamar “prueba de raciocinio”; lo cual sería lógico.

Cuando el Juez con base en el indicio de la *affectio* combinado con otros indicios infiere la simulación, estaremos ante una presunción al estilo ortodoxo; porque de un hecho afirmado se ha inferido otro hecho desconocido y controvertido.

⁷ Bonnier, Tratado de las pruebas en el Derecho Civil, págs. 31 y 465; Madrid; 1928.

⁸ Carnelutti, La prueba civil, pgs. 90 y ss., Buenos Aires, 1955.

Tales indicios no son hechos afirmados; sin embargo constituirán hechos ciertos, surgidos en el litigio.

La naturaleza presuntiva de todas las pruebas es un hecho evidente; sin embargo como para el jurista le interesa una visión general de la prueba, a partir de los caracteres de accidentalidad y no representatividad podemos admitir la diferencia del indicio con otras fuentes de prueba.

Pero nos obliga a desechar el pensamiento esencialmente presuntivo ; pues sino nos impediría entender que el pensamiento se pudiera amoldar a mas de una fuente de conocimiento.

Lo que provocará a su vez la exclusión de la presunción del ámbito lógico-formal, para integrarse en el ámbito general de la prueba.

Así definida, la presunción no es ya el dato de hecho que sirve para probar otro hecho; ni es tampoco la consecuencia que se extrae del hecho base; sino que es la inferencia lógica que permite inducir o deducir de un dato otro dato.

Hasta aquí ya solo queda defender que, por tanto, no existe diferencia esencial entre la presunción utilizada para la fijación de hechos controvertidos y aquella utilizada para la valoración del medio de prueba.

ESTRUCTURA DE LAS PRESUNCIONES

En Derecho procesal, y en general en toda rama del Derecho, al sustantivo “hecho” se le aplica uno de estos dos calificativos: “cierto” o “incierto”.

Perece por ello que la certeza son cualidades del hecho, olvidando que tales calificaciones son posibles únicamente por una transposición, que lleva a predicar del hecho cualidades no objetivas sino estados del sujeto frente a una proposición de tal hecho.

Ante la proposición de que el hecho ocurrió, puede un sujeto estar o no cierto en la verdad. Por ello, que apliquemos los adjetivos “cierto” o “incierto” al hecho, no debe hacernos

olvidar que no dejan de ser estados del sujeto.

En el momento en el que el individuo tenga que decidir cuál ha de ser su conducta, se le presentan dos proposiciones incompatibles entre sí (certeza o incerteza).

El hombre prudente, antes de tomar una decisión, intentará formar una convicción sobre cuál de las dos es verdadera.

Destacamos que el sujeto que formula un juicio sobre la certeza de un hecho se halla ante una duda que ha de resolver.

Pero tal juicio no sólo podrá realizarlo si tiene a su alcance algún medio de averiguación, ya que el hecho normalmente no suele ser apreciable directamente.

Esa certeza no siempre es posible; sobre todo cuando los hechos ajenos son pretéritos y el sujeto no los ha apreciado ni tiene medios para averiguarlos.

Faltando esa certeza sobreviene la duda, que estriba en la posibilidad de que ambas proposiciones sean ciertas; situación ante la cual el sujeto no tiene más que dos posibilidades, abstenerse de obrar o eliminar la duda dando como cierta la proposición más probable.

Cuando se adopta el segundo camino se sustituye el criterio de certeza por el de probabilidad; pero el hombre prudente no toma su decisión de manera arbitraria; solo puede atribuir probabilidad a una de las opciones cuando su experiencia le aconseja inclinarse por alguna.

Estas reglas/máximas de experiencia pueden ser tanto científicas como sociales.

El hombre, al otorgar probabilidad a una proposición, se sirve de las mismas reglas de experiencia que le sirve para llegar a la certeza, o para llevar a cabo cualquier juicio análogo.

La estructura de la operación mental por la que el sujeto elimina la duda otorgando certeza es idéntica a la realizada para formar su convicción sobre la certeza.

Los juicios sobre certeza y probabilidad son sucesivos por lo tanto.

Si no consigue eliminar la duda por medio del juicio sobre certeza, utiliza como medio subsidiario de determinación de su conducta el juicio sobre probabilidad, formulado con el auxilio de las máximas de la experiencia, y con ello eliminará la duda subsistente.

Si a pesar de ello no consigue decidirse, deberá abstenerse de actuar o deberá decidir su conducta con bases puramente aleatorias.

Pero la diferencia no estribará solo en el predicado, sino también en los hechos o datos de que partirá y en la forma de obtención de los datos; tales diferencias están en relación causa y efecto.

En las presunciones legales relativas y en las judiciales observamos una estructura análoga; el Juez llega a fijar como cierto un hecho en virtud de una relación existente entre el mismo y otro distinto que no ha podido ser fijado por otro medio; realizando una nueva fijación y dando por cierto el segundo.

REGULACIÓN DE LAS PRESUNCIONES

Las presunciones son elementos procesales existentes casi desde que existe el propio Derecho; pues no dejan de ser procedimientos lógicos que cualquier persona puede llegar a realizar al encontrarse en esa situación.

Sin embargo, su regulación en nuestro Ordenamiento ha atravesado varias etapas diferentes.

La primera regulación conocida en España data de las Siete Partidas, donde podemos encontrar referencias a las presunciones en dos de las siete partidas.

La mayor regulación se encontraba en la Partida III⁹¹⁰¹¹¹²¹³¹⁴, pero también en la Partida VII¹⁵ se introdujo una presunción final.

Sin embargo, la regulación no se quedó allí; pues introdujeron presunciones en todos los proyectos de Código Civil que se fueron desarrollando en España a lo largo del Siglo XIX.

Tal es así que tanto el proyecto de Código Civil de 1821¹⁶, como el Proyecto de Código Civil de 1936¹⁷ incluían entre su articulado referencias expresas a diversos tipos de presunciones.

El Proyecto de Código Civil de 1851¹⁸ introdujo ya una novedad, pues dedicó una sección entera, la Sección 4ª concretamente, a la regulación de las presunciones.

Para pasar a ser materia propia de las distintas Leyes procesales que han existido en España hasta el día de hoy; como demuestra su introducción en el Anteproyecto de Código Procesal Civil de 1970¹⁹.

Sin embargo si tenemos que destacar alguna regulación por encima del resto, debemos centrarnos aquella que se encontraba en el Código Civil²⁰ actual hasta el año 2000; en el que se derogaron esos Artículos para ser introducidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil²¹ de ese mismo año, hoy en día todavía vigente.

⁹ Partida III, Título XIV, Ley 8ª.

¹⁰ Partida III, Título XIV, Ley 9ª.

¹¹ Partida III, Título XIV, Ley 10ª.

¹² Partida III, Título XIV, Ley 11ª.

¹³ Partida III, Título XIV, ley 12ª.

¹⁴ Partida III, Título XIV, Ley 14ª.

¹⁵ Partida VII, Título XXXIII, Ley 12ª.

¹⁶ Proyecto de Código Civil de 1821 Artículos 198, 199, 200 y 201.

¹⁷ Proyecto de Código civil de 1936 Artículos del 2185 al 2200.

¹⁸ Proyecto de Código Civil de 1851, Sección 4ª De las presunciones, Artículos del 1225 al 1227.

¹⁹ Anteproyecto de Código procesal Civil de 1970, Base 10, Número 30.3º y Número 36.

²⁰ Código Civil Artículos del 1249 al 1253, derogados desde el año 2000.

²¹ Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, Artículos 385 y 386.

Lo más destacado de estas dos regulaciones es el cambio de tratamiento procesal que se ha producido en su redacción.

Podemos observar cómo el anterior (CC Art.1250)²² establecía claramente que las presunciones, una vez que fuesen admitidas, suponían una exención en la obligación de prueba de esos hechos. O lo que es lo mismo, eliminaban cualquier obligación relativa a la prueba sobre la certeza y existencia de dichos hechos a cualquiera de las partes partícipes en aquel proceso en el que se introdujesen.

Sin embargo, la regulación actual, prevista en el (LEC Art.385.1)²³, trata a las presunciones admitidas como una regla de inversión de la carga de la prueba. De manera que atribuye la obligación de probar la inexistencia de dicha presunción a la parte perjudicada por esa presunción; es decir, a la parte frente a la que se alega dicha presunción.

ELEMENTOS DE LA PRESUNCIÓN

La presunción entraña, por tanto, dos hechos y una relación o nexo entre ambos.

El hecho base o indicio debe ser fijado por cualquiera de los procedimientos legales, ya que si queda incierto la presunción es imposible.

Esta afirmación queda introducida a través de los medios normales de prueba; expresamente reconocida en el (LEC Art.385.1)²⁴.

Esta afirmación es llamada también indicio, expresión derivada etimológicamente de “indicio”²⁵; pero que ha quedado en cierta manera desvirtuado por el amplio significado que se

²² CC Art.1250: Las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas.

²³ LEC Art.385.1: Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

²⁴ LEC Art.385.1: “Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.”

²⁵ Lessona, Teoría general de la prueba en el Derecho Civil, pg.113, Madrid, 1942.

le ha otorgado.

Usado para determinar desde una categoría especial dentro de las presunciones, llegando a utilizarse como concepto completamente opuesto.

Para autores como Muñoz Sabaté²⁶ el indicio es una sustancia fáctica que en la Litis opera accidentalmente de catalizador lógico al potenciar procesos inferenciales destinados a la fijación de los hechos controvertidos.

También pudiéndose definir como la afirmación base de la que se extrae mediante la presunción una afirmación consecuencia²⁷.

O el hecho demostrado del cual se trata de deducir otro hecho²⁸.

En cualquier caso, sin embargo, lo importante es que con esta visión acabamos con el embrollo conceptual que tradicionalmente ha venido dándose al estudiar el indicio y la presunción²⁹.

Se puede definir indicio para³⁰ como toda sustancia fáctica, ya se introduzca en el proceso penal o civil, con la sola condición de que nos provoque mentalmente una asociación de ideas encaminadas a la prueba de otro hecho. Destacando la idea de que no hace falta que nos convenza, simplemente que nos provoque.

El indicio puede presentarse en el litigio como un hecho aislado, desencadenado de cualquier otro dato.

Éste no nos convencerá, nos servirá únicamente como aquel “destello divino” del que

²⁶ Muñoz Sabaté; La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados); pág.54; Barcelona; 1972.

²⁷ Serra Domínguez, Normas de presunción en el Código Civil, pag.28; Barcelona; 1968.

²⁸ LEC Art.386: A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza.

²⁹ Muñoz Sabaté, La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados); pág.217 y ss.; Barcelona; 1972.

³⁰ Muñoz Sabaté, La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados); pág.55; Barcelona; 1972.

hablaba Spengler.

La Ley se encarga rigurosamente de delimitar los *Themas* en los que pueda utilizarse el síntoma (ej: medidas cautelares, prueba testifical reforzada, excusas para comparecer, etc.).

De todas manera el indicio tienen una naturaleza conectiva; de ahí se desprende que la presunción actúe generalmente sobre una base integrada por una pluralidad de indicios, ya que uno solo no tendría casi nunca, potencial argumental definitiva en el plano consciente.

El que en las sentencias podamos hallar un solo indicio acumulado con otras pruebas a quienes tradicionalmente también se les denomina pruebas directas; no incrementa la coherencia de esta argumentación; pues la presunción es un proceso no un dato procesal.

En segundo lugar nos encontramos con la afirmación resultado, afirmación consecuencia o afirmación presumida³¹, directamente relevante para los fines de la prueba; y que será utilizada en el juicio.

El hecho presunto queda incierto, ya que si su fijación formal es posible por otro medio la presunción sobra.

Normalmente se confunde esta afirmación con la propia presunción; pero el propio (CC Art.1253, ya derogado) se contrapone a la presunción con el hecho que se trate de presumir.

La característica principal de la afirmación presumida es su diversidad respecto de la afirmación base.

No sólo tiene que ser distinta de la afirmación base, sino que además no debe estar comprendida en las notas de la primera.

³¹ Manuel Serra Domínguez, Normas de presunción en el Código Civil, pag.560; Barcelona; 1968.

Pues sino, de lo contrario, no existiría una nueva afirmación, sino una desintegración de afirmaciones ya existentes.

En la práctica esta característica servirá para distinguir las verdaderas presunciones, que suponen la formación de nuevas afirmaciones presumidas; de las presunciones aparentes, que no tienen carácter experimental sino meramente lógico deductivo.

El elemento característico de la presunción está integrado por el enlace que permite el paso de la afirmación base derivada de los medios de prueba, a la afirmación presumida relevante para el juicio de hecho de la sentencia.

Este enlace está integrado por máximas de experiencia comunes, es decir, pertenecientes al patrimonio cultural del propio Juez.

El (CC Art.1253, ya derogado) lo identifica acertadamente con las reglas del criterio humano, equivalentes a las reglas de la sana crítica.

Se ha discutido si dicho enlace tiene carácter inductivo o simplemente deductivo.

Para algunos autores mientras que en la presunción predomina el carácter deductivo, en el indicio predomina el elemento inductivo³².

Para la mayoría prevalece el elemento deductivo, admitiendo la influencia del razonamiento inductivo; afirmando que se trata de una deducción fundada en una previa inducción y regulada por máximas de experiencia³³³⁴³⁵.

Pertenece la presunción al juicio de hecho y es operación relativa a la fijación formal de hechos; quedando así explicado en principio que toda definición de una o todas las presunciones vengan enlazadas con el concepto de prueba.

³² Silva Melero; La Prueba procesal; pag.305; 1963.

³³ Muñoz Sabaté, Técnica probatoria, pag.187.

³⁴ Devis Echendía; Teoría general de la prueba; pag.624; Buenos Aires.

³⁵ Sicard, La preuve, pag.362.

PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA PRESUNCIÓN³⁶

Uno de los principios que mayor intervención tienen es el de la normalidad. Este principio indica que existe una tendencia constante a la repetición de unos mismo fenómenos.

Lo que se relaciona íntimamente con el principio de causalidad, porque unos mismos hechos producen siempre unos mismos efectos.

Sin embargo todas esas leyes tienen su excepción, que es la anormalidad.

La excepción es una norma también, pero que regula supuestos diversos y contradictorios.

Estas normas afectan a todas las esferas de la vida; pero cuanto más firmes e inmutables sean tales leyes mayor será la vigencia del principio de normalidad.

Podemos observar, por ello, que el valor que se concede al principio de normalidad está en razón inversa al conocimiento que se alcance de las leyes que regulen las diversas esferas de la vida.

Encontrando la vigencia máxima en el mundo físico³⁷.

Por ello podemos apreciar que la inexactitud de los axiomas colocan a la presunción en un plano inferior a la prueba.

Si la máxima de experiencia en que se funda pertenece al mundo físico, el rango de la afirmación consecuencia será el mismo que el de la afirmación base.

Mientras que si la afirmación base se halla arraigada en el ánimo del Juez, también lo estará la afirmación consecuencia.

Sin embargo hay que destacar que el grado de inseguridad en este supuesto no proviene

³⁶ Manuel Serra Domínguez, Normas de presunción en el Código Civil, pag.561 y ss.; Barcelona; 1968.

³⁷ Devis Echendía; Teoría general de la prueba; pag.627; Buenos Aires.

tanto de la presunción, como del medio de prueba empleado para la traslación de los hechos a presencia judicial.

Si un efecto normalmente sólo puede tener una causa, probado el efecto positivamente, deberá entenderse probada también positivamente la existencia de la causa.

Pero si un efecto puede haber sido provocado por diversas causas, una vez probado el efecto, no se entenderá probada la causa concreta, sino la posible presencia de alguna de ellas.

Cuál sea la causa concreta solo puede dilucidarse excluyendo a las demás en virtud del principio de oportunidad.

Por ello podemos concluir que en la formación de la mayoría de presunciones intervienen ambos principios, el de causalidad y el de oportunidad.

CLASES DE PRESUNCIONES³⁸

I. PRESUNCIONES LEGALES ABSOLUTAS

El legislador para crear las normas debe fijar unos determinados supuestos de hecho a los que vincule un determinado efecto jurídico.

En los supuestos de hecho describe conductas futuras e hipotéticas de los destinatarios de la norma.

Pero puede ocurrir que el efecto jurídico deba vincularse a un supuesto de hecho que teórica y prácticamente pueda darse en la realidad, pero que el Legislador entienda que existe una imposibilidad o, al menos, dificultad práctica en la apreciación de su producción.

³⁸ Muñoz Sabaté, La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados); pág.370 y ss.; Barcelona; 1972.

La imposibilidad de que los destinatarios de la norma o el órgano jurisdiccional puedan conocer si se ha dado o no en realidad un supuesto de hecho concreto puede venir originado por causas de diversa índole; tales como imposibilidad física, no alcanza el conocimiento físico de las ciencias actuales, etc.

Para resolver este problema acude el legislador a una regla de experiencia conocida como principio de normalidad.

Se ha dicho que estas presunciones, que los civilistas llaman legales absolutas o *iuris et de iure*, no son realmente presunciones; sino modos de definir o legislar.

Nos hallamos realmente ante un instrumento de técnica legislativa, pero no por ello cabe negar que se trate de verdaderas presunciones jurídicas; se trata de juicios sobre probabilidad hipotéticos realizados por el Legislador en los que, considerando que un supuesto de hecho genuino de una norma no podrá o no deberá ser objeto de un juicio de certeza, se utiliza una máxima de experiencia para estimar que dándose otro hecho se dará probablemente el hecho presunto o genuino; vinculando entonces las consecuencias del hecho genuino al hecho base.

Para los procesalistas estas presunciones son totalmente irrelevantes ya que la conducta de las partes y la sentencia del Juez no depende de que exista o se tenga certeza del hecho presunto, sino de la certeza que se tenga o adquiera respecto del indicio o hecho base.

II. PRESUNCIONES LEGALES RELATIVAS.

El legislador no utiliza sólo los juicios sobre probabilidad cuando existe imposibilidad de obtener certeza, entonces debe realizarse un desplazamiento del supuesto de hecho de la norma.

En muchas hipótesis no es imposible ni inconveniente ordenar la conducta de los destinatarios partiendo de un supuesto de hecho genuino, pero tiene como contrapartida que ni las partes ni el Juez tengan seguro la relación del hecho en la realidad.

Es entonces cuando, si existe una máxima de experiencia que lo haga posible, y en la forma legislativa, se formula un juicio sobre probabilidad por medio del cual se llegue a la consecuencia de que, dado un hecho distinto al tipificado, éste se habrá producido también probablemente.

Se llega así a una presunción legal, por medio de la cual se determina que el supuesto de hecho genuino se tendrá por producido cuando se acredite o conste la producción del indicio o hecho base.

El supuesto de hecho no se desplaza, sino que queda en la norma como hecho presunto; y se añade otro supuesto ligado a él y constituido por el indicio o hecho base³⁹.

Pero como no excluye la posibilidad de que el hecho presunto no se haya producido, admite que la parte a quien el efecto jurídico perjudique pueda demostrar la falsedad del hecho presunto, y por ello admite la llamada prueba en contrario.

Surge así la llamada presunción legal relativa o *iuris tantum*, idéntica en lo esencial a las demás presunciones jurídicas aunque sus efectos difieran ostensiblemente.⁴⁰

En la norma aparecen, dos hechos, el presunto y el indicio.

Si la certeza es negativa, la norma no entrará en juego al regular la conducta de las partes, por lo que el juego sobre probabilidad tampoco juega papel alguno.

³⁹ Ya un sector de la doctrina ha llegado a definir a las presunciones legales como una forma de fijación legal del supuesto de hecho de una norma material; así Plosz, págs. 1 y ss, decía ya que el Legislador determina el supuesto de hecho ideal –conocido como genuino– y añade además otro supuesto de hecho real; y entendiéndolo probable que al darse éste se haya producido aquel, y siendo el supuesto real más fácil de probar que el ideal, presume que ambos son equivalentes. Sólo que dicho autor considera como presunciones legales las que solo son aparentes y llega a afirmar que la presunción legal podría también ser expresada como forma de regla y excepción.

⁴⁰ En la presunción legal absoluta, el juicio sobre probabilidad desaparece de la norma o, manteniéndose en ella pierde toda virtualidad jurídica posterior a la actividad legislativa; solo importa en adelante el indicio, que pasa a constituir el verdadero supuesto de hecho.

En la presunción legal relativa, por el contrario, el supuesto de hecho de la norma sigue siendo el hecho presunto y no el indicio o hecho base, pero se integra la norma con el juicio sobre probabilidad con el efecto de introducir un hecho nuevo que puede suplir al anterior en la ordenación de la conducta de las partes.

Sólo cuando las partes no están ciertas de si el hecho ocurrió o no, su conducta queda ordenada por la norma tanto en cuanto tengan la certeza de que se produjo el hecho base o indicio.

La función ordenadora con base en el indicio no es más que supletoria para el caso de que no obtenga certeza sobre la veracidad o falsedad del hecho presunto.

A las partes les interesa acreditar la verdad histórica del hecho presunto para que la norma se aplique por el Juez; la prueba será perfectamente admisible tanto si es para demostrar su veracidad como su falsedad; y no se puede hablar de cambio de objeto por ello.

Ahora bien, para el caso de que las partes no lleguen a convencer al Juez de la verdad, y al entrar en juego el indicio de la presunción, cada una de las partes procurará acreditar la certeza del indicio o su falta de verdad histórica.

Si el Juez forma su verdad sobre el hecho presunto, el juicio de probabilidad no jugará tampoco ningún papel en el proceso; pero si el hecho queda dudoso, cobrará una dimensión importantísima la presunción.

La regulación de este doble supuesto de hecho, tiene importantes consecuencias en orden a la actividad de las partes en el proceso; el litigante que solicita la aplicación de la norma puede dedicar su actividad probatoria respecto del hecho presunto o del indicio, ya que si el primero no se prueba, pero se acredita el segundo, la norma se aplicará igualmente.

A su vez, quien se opone a la aplicación de la norma, podrá atacar el supuesto de hecho en una doble dirección; por un lado, demostrando la falsedad de hecho presunto, o, por otro lado, poniendo de relieve la incerteza o indiscutibilidad del indicio o hecho base.

Pero si se dirige contra el hecho base, no le bastará poner de relieve la duda o falta de certeza del referido hecho presunto, sino que deberá acreditar la falsedad, o lo que es lo mismo, la certeza negativa del mismo.

III.LAS PRESUNCIONES Y OTRAS NORMAS OBJETIVANTES DE MÁXIMAS DE EXPERIENCIA.

Si bien no se puede hacer una referencia exhaustiva a todos los tipos de presunciones que existen, podemos observar cómo ha sido muy común entre la doctrina la mención de la diferencia existente entre las presunciones legales absolutas y las ficciones⁴¹; sin embargo, no conviene continuar sin hacer referencia a la relación que media entre las presunciones legales y la utilización de las máximas de experiencia por el Legislador.

Hay que recordar, en primer lugar, que cuando el Legislador hace uso de una máxima de experiencia para crear una norma, no se limita a aconsejar al Juez que siga en su raciocinio el mismo camino que él mismo siguió; sino que se trata de una norma preceptiva y obligatoria para el Juez.

Se podría decir que es la experiencia quien la aconseja y no el estado quien la impone.

Pero normalmente ocurre que normalmente el destinatario de las normas sustantivas a cumplir y el Juez que debe aplicarlas utilizan la misma regla de experiencia que el Legislador, si tuviesen libertad para razonar.

Si el Juez fuese libre de aplicar la norma o formar otra distinta a base de una diversa máxima; se frustraría con toda evidencia los fines perseguidos al dictar el Legislador las normas correspondientes.

En tres sectores, solamente, introduce el legislador reglas o máximas de experiencia; que se corresponden con tres tipos de operaciones que debe llevar a cabo el Juez.

Estos tres sectores son el de la apreciación de la prueba, el de las presunciones y el de la interpretación de los negocios jurídicos.⁴²

⁴¹ Carnelutti; La interpretación de los contratos y el recurso de casación; de Sentís Melendo, 1952; págs.. 431 y ss. Demuestra, siguiendo este mismo razonamiento, el carácter sustantivo de las normas de interpretación de contratos, a pesar de que el carácter complementario de tales normas parece mucho más encubierto y discutible que el de las normas de presunción legal.

⁴² No hay que olvidar, sin embargo, que no por lo dicho ha de deducirse el carácter procesal de las normas en que se utilicen máximas de experiencia, ya que, como se ha reiterado, serán sustantivas aquellas que no tengan el carácter genérico sino que completen

Las normas legales sobre prueba y las que establecen presunciones legales se distinguen de las reguladoras de la interpretación de los negocios jurídicos en que, mientras aquéllas tienden a disciplinar la fijación formal de los hechos por el Juez, las segundas regulan una actividad jurídica sobre los hechos ya fijados.

Por eso mismo, las reglas legales en materia de prueba y de presunciones evidencian un deseo del Legislador de evitar controversias y errores en la determinación de qué conductas han de ser subsumidas en el supuesto de hecho de la norma legal.

Las reglas legales en materia de prueba y de presunciones tienen en común su influencia en el juicio de hecho que ha de verificar el Juez, y ambas han de ser tomadas en cuenta para llevar a cabo la fijación formal de los hechos que han de servir de supuesto fáctico a la sentencia.

Pero entre ambas media una diferencia fundamental, que es la de plasmar en el primer caso el resultado de un juicio hipotético sobre certeza, y en el segundo, un juicio hipotético sobre probabilidad.

En efecto; el Legislador, bien con carácter genérico bien con referencia a ciertas relaciones jurídicas, entiende que cuando ciertas pruebas practicadas dan un cierto resultado; el Juez deberá pronunciarse por la certeza de los hechos que resulten.

Es decir, entiende que ciertas pruebas han de ser valoradas con arreglo a máximas de experiencia invariables y seguras, cuya formulación no deja al arbitrio del Juez, sino que le son impuestas a éste con carácter preceptivo.

IV. LAS PRESUNCIONES INCIERTAS Y LAS EXCEPCIONES PROCESALES.

Entre las máximas de experiencia utilizadas indistintamente por el Legislador y por el Juez,

la propia norma sustantiva o material. En las normas que tengan carácter genérico se regula solamente la actividad del Juez, mientras que en las complementarias o particulares, se regula en primer término la conducta de los destinatarios de la norma sustantiva y solo por reflejo la jurisdiccional.

cobra especial relevancia la que deriva de la llamada teoría de la normalidad; desarrollada por Fitting para resolver problemas delicados como los de la carga de la alegación y de la prueba, y que puede enunciarse como la necesidad de que, en un caso concreto, se admita como verdadero aquello que lo es en la mayoría de los casos, mientras que razones especiales no se opongan⁴³.

La máxima de experiencia que da vida al principio de normalidad es cierta y debe ser manejada por el Juez en todas aquellas actividades en que el Legislador le deja libre albedrío para investigar.

De igual modo, el Legislador utiliza muchas veces el principio de normalidad para crear presunciones legales absolutas.

Pero lo más interesante es exponer la diferente utilización de la teoría de la normalidad por el Legislador en supuestos que guardan analogía, pero que dan lugar a normas diversas en su estructura y con consecuencias procesales muy notables.

No se puede exigir a un sujeto que acredite no sólo la certeza de los hechos normalmente constitutivos de su derecho, sino que además, demuestre la concurrencia de ciertas situaciones subjetivas difíciles de probar.

Prescindir del principio de normalidad sería tanto como hacer imposible en muchos casos que el titular de un derecho desconocido o insatisfecho pudiera conseguir la oportuna tutela jurídica.

En ambos casos aparece un hecho relevante para la decisión de un litigio, que es el constitutivo del derecho; y la máxima inspiradora de la teoría de la normalidad que enlaza éste con otro hecho positivo.

El Legislador utiliza dos expedientes técnicos aparentemente distintos; pero dándose el hecho constitutivo se entiende probable el hecho subjetivo, y en consecuencia se presume

⁴³ Leo Rosenberg; La carga de la prueba; págs.168 y ss.; señala con acierto que no puede identificarse la teoría de la normalidad con la carga de la prueba, ni con las presunciones, ya que la regla de la experiencia en que se funda se aplica en diversos campos.

mientras no se demuestre lo contrario.

La característica especial de estas supuestas presunciones *iuris tantum* es la de que el indicio no está constituido por un hecho distinto al supuesto de hecho genuino de la norma.

Por el contrario, el indicio es ni más ni menos que el hecho o uno de los hechos fundamentales del supuesto de hecho de la propia norma. No se trata de un hecho que se utilice sólo como instrumento para prescindir luego de él; sino que constituyendo el supuesto de hecho de la norma dos o más hechos conectados, basta acreditar uno para que deba fijarse formalmente el otro.

El segundo expediente técnico al que aludíamos es el de descomponer un supuesto de hecho ideal en dos supuestos fácticos distintos, que den origen a un doble juego de normas.

Tal exigencia pondría en grave peligro la seguridad del tráfico jurídico, ya que la prueba del hecho negativo es difícil y penosa, y por ello el Legislador, entendiendo que lo normal es que quien da el consentimiento lo hace libremente, regula como supuesto de hecho de la norma que obliga a cumplir los contratos sólo el hecho de la prestación del consentimiento.

A estos hechos excepcionales que impiden la producción de los efectos jurídicos propios del hecho constitutivo se les conoce en la doctrina, y también en la jurisprudencia, como hechos impeditivos que se alegan por el demandado como fundamento de una excepción en sentido amplio o excepción impropia⁴⁴.

Con ello vemos que el principio de la normalidad puede utilizarse para formar presunciones legales indiscutibles, presunciones legales dudosas y dobles juegos de normas en que de una parte se definen los hechos constitutivos y de otra los hechos impeditivos.

Esto, a su vez, nos obliga a comprobar si entre las presunciones legales verdaderas y el

⁴⁴ Prieto Castro; Sobre los hechos impeditivos y su fundamento en la teoría de la normalidad, 1955; págs.. 327 y ss.

sistema de normas-regla y normas-excepción existe verdadera diferenciación; o si constituyen un medio técnico distinto.

Nos parece evidente que entre el método de las presunciones legales y el doble juego existe discrepancia que hace que ambos métodos sean irreconciliables; aunque ambos provengan del mismo principio de normalidad.

Se distinguen ambos en cuanto a la carga de la alegación y de la prueba.

El segundo problema es resolver si las presunciones que denominamos como dudosas son o no verdaderas presunciones legales.

Un sector de la doctrina, fundada en que lo esencial de la presunción *iuris tantum* es que el indicio no entre en el supuesto de hecho de la norma, ha llamado a éstas presunciones aparentes⁴⁵ o verdaderas provisionales.

Otro sector de la doctrina considera que en las hipótesis en que el que se considera indicio está integrado por un hecho constitutivo del que deriva además la probabilidad de una creencia o estado subjetivo, no existe en realidad una presunción legal.

Basta tener en cuenta que en las presunciones legales, si no se acredita la certeza del indicio, la norma deviene inaplicable no por incerteza del propio indicio; sino por la falta de fijación formal del hecho presunto.

Pero este sector doctrinal al afirmar que las presunciones aparentes no son verdaderas presunciones, tampoco afirma la tesis de que se trata entonces de un juego entre dos normas.

Por ello concluye este sector, que las presunciones aparentes no son verdaderas presunciones, sino un medio de definir el supuesto de hecho de una norma, pudiéndose aceptar como máximo que el principio de normalidad juega en ellas el papel de instrumento para determinar la regla articular de prueba.

⁴⁵ Leo Rosenberg; La carga de la prueba; págs.168 y ss.

V. PRESUNCIONES JUDICIALES U HOMINIS.

El juicio sobre probabilidad de hechos futuros e hipotéticos provoca al ser realizado por el Legislador, una mutación en el supuesto de hecho genuino de la norma estableciendo una presunción legal *iuris tantum*.

Pero el Legislador comprende perfectamente que el mismo juicio de probabilidad puede darse en el proceso jurisdiccional, partiendo de un hecho pretérito respecto de otro hecho que interesa para fijar formalmente e supuesto de hecho de la sentencia.

Resultaría ilógico que el Legislador le prohibiera al Juez realizar un juicio análogo al verificado por aquél para crear la norma legislada.

A las presunciones o juicios de probabilidad realizados por los Jueces o Tribunales se les denomina presunciones judiciales u hominis.

El Juez para poder formular el juicio sobre probabilidad en que consiste la presunción, debe estar en condiciones de tener acreditado el indicio, pero esta acreditación no es preciso que se produzca a consecuencia de la prueba propuesta y practicada por las partes; sino que puede serlo a causa de la investigación del Juez por medio de diligencias para mejor proveer o a causa de la admisión expresa de las partes.

Conviene analizar la regulación que el propio Legislador hace del juicio sobre probabilidad como medio técnico de que pueden servirse los Jueces y Tribunales.

El enlace no consiste en una sola y vaga referencia de una hecho a otro, sino en la conexión o congruencia entre ambos; con la suerte de que la realidad de uno conduzca al conocimiento del otro, por ser la relación concordante.

Si de un hecho alegado como indicio pueden deducirse diversas posibilidades, es obvio que ninguna de ellas puede ser elevada a la categoría de presunción judicial; en cambio, si la experiencia supone que dado el indicio solo cabe explicarse como hipótesis la de que se ha producido el hecho presunto, estaremos entonces ante una auténtica presunción.

Parece innegable que el Juez debe formular el juicio y fijar formalmente el hecho presunto aun cuando fuese posible la prueba de un hecho incompatible o contrario; pues admitir que la relación entre ambos hecho deba ser tal que excluya incluso la prueba en contrario, sería como hacer imposible el uso de presunciones por el Juez⁴⁶.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS PRESUNCIONES

Las presunciones *iuris et de iure*, por su propia naturaleza, escapan a todo tratamiento procesal específico; al desaparecer del supuesto de hecho de la norma material el que debía ser el hecho genuino, para ser sustituido con base en el juicio sobre probabilidad por otro hecho distinto, el indicio, que es al que directamente se vinculan los efectos jurídicos queridos por el Legislador.

La norma material no tiene otro supuesto de hecho que el que ha servido de indicio al legislador, pero que lo mismo para las partes que para el Juez viene a ser un único hecho relevante.

La carga de la alegación y de la prueba del indicio y de la norma que lo ha regulado como supuesto de hecho, corresponderá a uno u otro de los litigantes según que su aplicación beneficie al actor o al demandado.

Las presunciones *iuris tantum* y las *hominis* o judiciales son las únicas que han de tener un tratamiento procesal específico, dado que el indicio no coincide en ningún caso con el hecho relevante recogido por el Legislador como supuesto de hecho de la norma.

⁴⁶ Por esto yerra el TS cuando exige que el indicio se infiera fatal y directamente la existencia del hecho presunto; STC 13/10/1953.

En las presunciones legales relativas, la norma que regula la presunción es complementaria de la norma material que define el supuesto de hecho genuino, sin que éste desaparezca en modo alguno.

Mientras que en las presunciones judiciales el Legislador no realiza operación alguna sobre probabilidad e ignora la posible existencia del indicio, que ha de ser apreciado directamente por el Juez.

Del hecho de que las presunciones consistan en un juicio sobre probabilidad deriva la primera consecuencia fundamental; que no es otra que la de que la formulación de este juicio debe o puede hacerla el Juez en cuanto se den los supuestos necesarios, aunque las partes no hayan invocado formalmente la presunción y su viabilidad.

Las llamadas cargas de la alegación y de la prueba serán siempre secundarias y existirán en tanto en cuanto alguno de los litigantes habrán de sufrir posteriormente las consecuencias de que el juicio sobre probabilidad no pueda realizarse por falta de alguno de sus supuestos, o a causa de que el Juez no alcance a ver, por sí mismo, la existencia de la norma legal o de la máxima de experiencia que justifican la operación presuntiva.

Esto no quiere decir otra, más que aquí juega, en toda su amplitud, el llamado principio de adquisición procesal; dándose los supuestos necesarios. Es decir, fijación del indicio, existencia de la norma legal o de la máxima de experiencia que justifican el juicio sobre probabilidad y la alegación del hecho presunto.

Entonces poco importará qué litigante haya introducido en el proceso los hechos y quién ha proporcionado la prueba que pueda servir para la adquisición de la certeza; precisamente porque el Juez ha de atender al material recogido en el proceso sin interesarle qué litigante lo hubiese introducido.

Es por eso por lo que se habla del principio de adquisición⁴⁷ como el derecho consistente en que los resultados de las actividades de las partes son comunes a las dos partes del juicio, de modo que cada una de las tiene derecho a utilizar las deducciones hechas y los

⁴⁷ Chiovenda; Instituciones de Derecho procesal Civil; Gómez Orbaneja; 1954; págs.91 y ss.

documentos presentados por la contraria.

El tratamiento procesal de las partes ha de realizarse, por consiguiente, atendiendo fundamentalmente a cuáles son las limitaciones que constriñen la actividad del Juez en la formulación de sendos juicios de probabilidad.

Cualquiera de las partes en el proceso puede invocar una presunción y alegar formalmente el indicio y el hecho presunto. Normalmente, la alegación se realizará por la parte a quien favorezca la norma legal presumida o el juicio que puede llevar a cabo el Juez, es decir, por el litigante favorecido.

Pero puede ocurrir que las partes no aleguen formalmente en los escritos de alegación el indicio o el hecho presunto, o que no invoquen la norma legal de presunción; o no formulen la máxima de experiencia en que ha de fundarse la presunción.

Hace falta saber entonces hasta qué punto el principio dispositivo de las partes puede limitar la libre operación del Juez.

Pueden darse dos hipótesis; que ninguno de los litigantes haya alegado formalmente el hecho presunto, y que se haya invocado el hecho presunto, sin invocación expresa ni tácita del indicio.

Si de la prueba o de las diligencia de mejor proveer resulta la existencia de dicho indicio, ¿podrá el Juez, aun sin alegación expresa de parte, pasar en el segundo caso a la fijación formal del hecho presunto en virtud de cualquiera de las presunciones admitidas? ¿Podrá el Juez fijar formalmente el hecho presunto no alegado, deduciéndolo del indicio?

La doctrina mayoritaria⁴⁸ entiende que la respuesta a ambas preguntas viene dada por la misma naturaleza de la actividad presuntiva. El hecho presunto es el verdaderamente relevante, y en virtud del principio dispositivo el Juez no puede introducirlo de oficio en el

⁴⁸ Muñoz Sabaté, La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados); pág.395; Barcelona; 1972.

proceso ni aplica al mismo la norma material correspondiente. Salvo que se tratara de una presunción legal que completara un precepto de orden público.

La alegación del hecho relevante que se quiera presumir ha de ser hecha, en tiempo hábil para ello.

En los procesos recogidos por forma escrita deberá realizarse en los escritos de demanda y contestación, mientras que en el juicio declarativo de mayor cuantía podrá admitirse aquella alegación en los escritos de réplica y dúplica en tanto no altere la acción o excepciones que sean objeto del pleito principal conforme al (LEC Art.548)⁴⁹.

Si el hecho presunto ha sido invocado expresamente por alguna de las partes, el problema cambia totalmente de aspecto. El Juez, en el momento de fallar, no puede prescindir de la existencia del indicio para verificar su juicio sobre probabilidad; pero constando su existencia es irrelevante quién lo haya introducido y en qué momento se haya verificado la introducción del mismo en el proceso.

Puede ocurrir además que el indicio resulte de la prueba practicada a propuesta de cualquiera de las partes. Puede ocurrir además, que sea notorio y como tal exento de prueba. Y cabe incluso, que haya llegado al proceso a consecuencia de una diligencia para mejor proveer.

Así, si un litigante introduce el hecho indicio en el periodo probatorio y justifica su introducción alegando que quiere servirse de una presunción legal u hominis/judicial, el juez no debe repeler el medio de prueba alegando que es impertinente por referirse a hechos no discutidos con anterioridad por las partes.

Si la presunción es invocada por cualquiera de los litigantes en la vista oral o escrito de conclusiones, e incluso en segunda instancia, no cabe entenderse que plantea una cuestión nueva prohibida por el principio de congruencia; ya que éste impide plantear de oficio

⁴⁹ LEC Art.548: No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado.

cuestiones que afectan al juicio de derecho y al fundamento fáctico de la acción o las excepciones, y ni el indicio ni la presunción entran en dicho fundamento.

Íntimamente relacionado con los poderes que posee en Juez en relación se encuentra la relación de las presunciones con la fijación formal de los hechos.

En primer lugar, se ha de advertir, que para que jueguen las presunciones, tanto legales como judiciales, es imprescindible que se de el doble supuesto siguiente: que el indicio se halle totalmente acreditado y que el hecho probado haya quedado improbadado.

El primer supuesto es exigencia legal y lógica; mientras que el segundo es exigencia lógica y elemental.

Ya dijimos que el Juez, al verificar el juicio de hecho que ha de dar como resultado la fijación formal de los hechos en base a los cuales ha de decidir el litigio, debe empezar por examinar qué hechos han sido admitidos por las partes; y después, respecto de los controvertidos, está facultado para fijar formalmente los que no hayan sido terminantemente negados ni reconocidos por el litigante contrario a quien los afirmó.

Si de estas pruebas resultan los supuestos precisos para aplicar los juicios apriorísticos sobre certeza verificados por el Legislador en las reglas legales de prueba, debe aplicar dichas reglas y fijar formalmente los hechos aunque él no esté cierto en la verdadera existencia.

En toda la labor de valoración del material probatorio que no venga sujeta a reglas legales, el Juez formulará juicios sobre la certeza de los hechos controvertidos fijando formalmente los que tenga por ciertos.

Pero se le impone siempre una primera valoración de qué hechos o conductas son los relevantes para el derecho.

Puede ocurrir que en las operaciones precedentes haya quedado acreditada la certeza de un hecho incompatible con el hecho relevante incierto, o que el Juez haya debido fijar

formalmente la falsedad del mismo. Estamos entonces en presencia de una certeza o fijación formal negativa, que pueden haber sido provocadas por la prueba plena en contrario propuesta o practicada por el litigante contrario a quien convenía la presunción, sin que ello sea, requisito indispensable en virtud del aludido principio de adquisición.

Tampoco cabe entonces que el Juez se preocupe de la posibilidad de verificar un juicio sobre probabilidad o de aplicar la norma legal presuntiva.

Quedando incierto el hecho relevante, cabe que el Juez investigue, de oficio o por alegación de las partes, la posibilidad de fijar formalmente aquél en virtud de una presunción.

Pero cabe preguntarse entonces si la fijación del indicio ha podido ser realizada por los mismos procedimientos que hubieran hecho posible la fijación del hecho presunto; respecto de la admisión ni puede haber duda, ya que ambas partes han admitido expresamente la certeza del indicio, el Juez no puede ni siquiera discutirla sin incurrir en el vicio de la incongruencia.

Algunos autores consideran⁵⁰ que el Código Civil, cuyos redactores intuyeron la naturaleza de las presunciones, no habían previsto la fijación del indicio por medio de la admisión tácita y mucho menos una presunción en la que ninguno de sus hechos fuese relevante para la decisión del litigio; pero por ello el Tribunal Supremo viene a entender que basta que el Juez estime probado el indicio sea cual fuere el procedimiento, para afirmar que será válida la presunción judicial o la aplicación de la legal relativa si el indicio está acreditado mediante otra presunción.

Acreditado el indicio e incierto el hecho presunto, se plantea el problema contrario.

Este paso es el que difiere esencialmente según que las presunciones sean legales o judiciales.

Si se trata de presunciones legales, la norma que enlaza ambos hechos es jurídica y no fáctica; por tanto está solo sujeta a un problema de alegación.

⁵⁰ Muñoz Sabaté; La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados); pág.398; Barcelona; 1972.

En cambio, tratándose de presunciones jurídicas, la máxima de experiencia que les sirve de base pertenece al terreno fáctico; aunque pertenezca a la esfera de conocimientos privados de los que se puede servir el Juez.

EFFECTOS DE LAS PRESUNCIONES

Las presunciones no suponen en el proceso una verdadera alteración en la carga de la alegación. La parte a quien interesa la aplicación de la norma material de cuyo supuesto de hecho quepa subsumir el hecho presunto, tendrá ciertamente la necesidad de invocarla o de plantear la cuestión jurídica que permita su aplicación.

El hecho presunto deberá ser alegado formalmente por el litigante a quien beneficie, salvo que se trate de normas de orden público o atinentes a la moral o a las buenas costumbres.

Pero es obvio que precisamente esta alegación del hecho presunto no afecta a la presunción, ya que se da igualmente para todos los supuestos.

En cuanto a la carga de la alegación de una norma presuntiva o de una máxima de experiencia que permita el juicio sobre probabilidad por el juez, existen sólo en el sentido de que, si por la falta de alegación el Juez no pone en juego de oficio la norma legal o no utiliza la máxima de experiencia; aquel a quien hubiese podido beneficiar la presunción y conducir a la fijación formal del hecho relevante que le favorecía sufrirá las consecuencias perjudiciales de la no utilización de la presunción judicial o legal.

Respecto de la prueba debemos distinguir entre el hecho presunto y el indicio y máxima de experiencia.

Si la parte no prueba el hecho presunto sufrirá las consecuencias perjudiciales en caso de que tal hecho no pueda ser fijado formalmente. En cambio, la parte contraria no tiene la carga de probar la falsedad del hecho presunto, pues si el hecho queda incierto no será ella quien sufra los perjuicios.

La carga de la prueba del indicio o de la máxima de experiencia no se puede decir en realidad que exista como tal.

En primer lugar, en cuanto aún sin prueba, por efecto de la admisión expresa del indicio cabe que la presunción se formule.

En segundo lugar, porque la carga de probar el indicio o la máxima no existen por sí, sino embebidas en la carga de la fijación formal del hecho presunto.

El perjuicio se le sigue al litigante por la falta de este hecho, y no porque deje de utilizarse la presunción, por lo que sólo mediatamente puede hablarse de carga de la presunción o de la prueba de indicio.

DISTINCIÓN ENTRE LAS PRESUNCIONES Y FIGURAS AFINES

I. REGLA DE LA PRUEBA.

La regla de la prueba se distingue teóricamente de la presunción en que la primera es un instituto relacionado con la apreciación de la prueba, mientras que la segunda está relacionada con la carga de la prueba.

Por grande que sea la semejanza exterior por la que se como declarada una determinada intención y como emitida una determinada declaración demuestra ya que la distinción teórica es algo más que una sistemática científica ya importante de por sí.

En el orden práctico se suscitan relativamente pocas dificultades.

II. REGLA DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Con arreglo al principio que hoy rige el procedimiento civil, sólo puede tenerse en cuenta al sentenciar la materia procesal que las partes hayan suministrado al Juez.

Cada parte tiene, pues, en interés de su victoria, que aportar a la contienda jurídica aquel

material de hecho al que puedan ligarse los preceptos jurídicos que le favorezca.

Esta misión que incumbe a cada parte en su propio interés es lo que se llama carga de la afirmación, de modo que, según esto, se halla gravada con la carga de determinada afirmación aquella parte litigante que perdería el pleito si el contenido de tal afirmación no se expresara, y por consiguiente, no se aplicaran los preceptos jurídicos relacionados con ella.

La aplicación del derecho reside exclusivamente en el Juez: *iuria novit curia*. Por tanto, como la actividad del Juez comienza allí donde termina la aportación de los materiales, la carga de la afirmación de las partes cesa, a la inversa, en el momento en que comienza la actuación con conceptos jurídicos.

La relación entre la carga de la afirmación y la presunción en el campo de la carga de la prueba es una relación de dependencia. En cuanto haya que admitir una carga de la afirmación con relación a la circunstancia presunta, la carga de la afirmación referente a los hechos básicos coincidirá exactamente con ella.

No cabe pensar en la posibilidad de que a una de las partes incumbiera la carga de una de las afirmaciones y a la otra parte la carga de la otra.

Por lo que se refiere a las presunciones, éstas son reglas de excepción, pero su carácter excepcional consiste en el contenido, no en la formulación; pues vienen a ordenar una distribución de la carga de la prueba que contradice los principios generales en materia de distribución.

De ahí que las presunciones tengan un valor jurídico independiente, mientras que las reglas de la carga de la prueba sólo están destinadas a servir para el objeto externo de evitar fealdades de léxico, y algunas de ellas, las mínimas, al servicio de la claridad.

En la literatura muy rara vez se ha llegado a la distinción teórica entre la regla de la carga de la prueba y la presunción.

Según Wach⁵¹ sólo en las reglas de la carga de la prueba hay verdadera distribución de la carga de la prueba, en el sentido de atribuírselo a una determinada parte del proceso.

Las presunciones en cambio deben actuar solamente en el seno de un tema de prueba normal, proporcionando un alivio parcial al obligado a probar la relación con un tema.

Puesto que la presunción favorece a una de las partes, podría pensarse que esta parte habría de ser justamente la que tuviera interés en la alegación de la circunstancia objeto de presunción, y, por tanto, la carga de la afirmación respecto a esta circunstancia.

Realmente no puede decirse que esta cuestión haya sido tratada científicamente todavía. Sin embargo, Beckh⁵² viene a mantener la tesis defendida mayoritariamente cuando dice que, “en los casos que la Ley denomina expresamente como presunciones”, la carga de la afirmación va más allá que la carga de la prueba, por tenerse que afirmar incluso la circunstancia objeto de presunción. Y esto no significa otra cosa sino que la carga de la afirmación incumbe siempre al favorecido.

Autores como el propio Hedemann⁵³ apoyan de pleno esa distinción.

En definitiva podemos terminar afirmando que cuando encontremos la palabra presunción nos encontraremos ante una regla autónoma de carga de la prueba, la cual es posible que con arreglo a un determinado procedimiento judicial no adopte la posición ideada de excepción del sistema general.

Sin embargo donde no se hable de presumir estaremos ante auténticas reglas de la carga de la prueba. Llama la atención que estas reglas se hallan concebidas casi siempre de la misma forma, que se repite constantemente.

No obstante esta distinción sólo es viable para la regulación general, pues puede devenir

⁵¹ J. Wilhelm Hedemann; Las presunciones en el Derecho; traducido por D. Martín Luis Sancho Seral; pág.264; 1931.

⁵² Beckh; Crítica general de su doctrina sobre la carga de la prueba; pág.90.

⁵³ J. Wilhelm Hedemann; Las presunciones en el Derecho; traducido por D. Martín Luis Sancho Seral; pág.264, 1931.

inválida para la regulación incorporada en leyes especiales.

CONCLUSIONES PERSONALES

Respecto de los elementos, en primer lugar, yo estoy de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina que ha realizado un estudio sobre las presunciones a lo largo de la historia; en el sentido de que confirmo que, en mi opinión, el elemento fundamental, y que por ello ha de quedar perfectamente fijado, es el indicio.

El indicio es el elemento que nos permite realizar el juego de la presunción, y por ello no ha de existir ningún tipo de incertidumbre acerca de su existencia o veracidad; pues de lo contrario estaríamos destrozando la base de toda nuestra argumentación.

Sin embargo, considero que hay que hacer además, especial hincapié en el nexo de unión entre el indicio y el hecho presumido; casi al mismo nivel de importancia que le damos al indicio.

Su explicación no es otra que aquella de que si existiesen varios posibles nexos que nos llevasen al hecho presumido, no tendría sentido darle valor a esa presunción.

La presunción la considero casi una reacción similar a la tradicional acción-reacción; en el sentido de que con el indicio claro y el nexo patente sólo nos pueda llevar a un hecho, que además ha de coincidir con el que para nosotros es casi imposible de probar.

Sin embargo, si ha ese hecho que pretendemos presumir, podemos llevar por varias vías; no tiene sentido dar valor a la presunción, pues deberíamos estudiar cada una de esas vías para ver cuál es la que más certeramente nos lleva al resultado pretendido.

Además considero que el método por el que se realizan las presunciones es el hipotético deductivo, en contra de la opinión de pequeños sectores doctrinales disidentes.

Porque considero más lógico partir de una idea principal, y sobre ella plantear las posibles deducciones existentes para que a partir de ellas lleguemos a la conclusión. Que de hecho es el método por el que realizamos la presunción.

De lo contrario, no podemos considerar que el indicio es la parte menor conocida, y que de ella extraemos las conclusiones generales, que serían los hechos presumidos.

Respecto al debate principal que existe respecto a las presunciones; que no es otro que el tratamiento procesal que se hace de ellas; yo soy de la opinión, creo que concorde con la mayoría de autores, de que las presunciones se tratan de una fórmula para la inversión de la carga de prueba.

Considero que el beneficiario que la alega debe hacerlo sobre la base de un indicio sólido; sin embargo, desde el momento en el que se admite corresponde a la otra parte probar que precisamente esa presunción no existe o que la consecuencia que ha presumido el alegante no es la correcta.

De ahí que apoyo la existencia de la prueba en contrario de las presunciones; pues de otro modo, sería tanto como decir que las presunciones son hechos consumados respecto de los cuales ningún otro sujeto tendría posibilidad de actuar en contra.

BIBLIOGRAFÍA

Julius Wilhelm Hedemann; Las presunciones en el Derecho; traducido por D. Martín Luis Sancho Seral; Alemania; 1931.

Manuel Serra Domínguez; Normas de presunción en el Código Civil; Barcelona; 1968.

Luis Muñoz Sabaté; La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados); Barcelona; 1972.

Luis Muñoz Sabaté; La Técnica probatoria; Barcelona; 1967.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

M. Eduardo Bonnier; Teoría de la esencia de la prueba; traducido por D. José Vicente y Caravantes; 1856.

Jaime Guasp; Derecho procesal civil; Madrid, 1997.

Carlo Furno; Teoría de la prueba legal; Italia.

M. Eduardo Bonnier, Tratado de las pruebas en el Derecho Civil, págs..31 y 465; Madrid; 1928.

Lessona, Teoría general de la prueba en el Derecho Civil, pg.113, Madrid, 1942.

Silva Melero; La Prueba procesal; pag.305; 1963.

Sicard, La preuve, pag.362.

Devis Echendía; Teoría general de la prueba; pag.627; Buenos Aires.

Carnelutti; La interpretación de los contratos y el recurso de casación; págs.. 431 y ss; de Sentís Melendo, 1952.

Prieto Castro; Sobre los hechos impositivos y su fundamento en la teoría de la normalidad, 1955; págs.. 327 y ss.

Leo Rosenberg; La carga de la prueba; págs.168 y ss.

Chiovenda; Instituciones de Derecho procesal Civil; Gómez Orbaneja; 1954; págs.91 y ss.

Beckh; Crítica general de su doctrina sobre la carga de la prueba; pág.90.