

#### 2.3.4. *Presunciones*



## LA PRESUNCIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA DEL LITIGIO

La tesis que voy a plantear, es el resultado de una serie de reflexiones, alguna de las cuales ya di a conocer en el congreso de nuestra Asociación celebrado en Orense en 1998 y otras en un trabajo de inmediata aparición que envié para el homenaje a nuestro malogrado compañero Benito Raimundo, cuyo título *-Custodia seu presunción de culpa-* apunta ya hacia la concepción que ahora expondré.

La sospecha de que el Derecho se ofrece al jurista como un complejo agregado de presunciones cuya razón de ser se nos escapa en la mayoría de los casos, se me presentó con ocasión de una lectura reposada del título *de probationibus et praesumptionibus*<sup>1</sup> en el que en realidad no se trata la materia de las pruebas sino la de las presunciones y las reglas en cuya virtud se asigna a los particulares el interés en destruirlas, interés que denominamos carga de la prueba.

Hasta ahora he venido manteniendo que el Derecho está ausente en las relaciones de los individuos y que, en el mejor de los casos, no es más que un “dato de conciencia” merced al cual, como consecuencia de un complejo proceso de evolución histórica insuficientemente explicado, el individuo tiende a comportarse de acuerdo con tópicos o prejuicios que forman parte de los rasgos distintivos de la sociedad en la que vive. En otras ocasiones es un simple punto de referencia, como cuando se menciona un precepto determinado en un contrato o en una escritura no contractual.

El Derecho se manifiesta cuando un conflicto se transforma en controversia judicial, es decir, en el momento en que se somete a la decisión de un juez. Es entonces cuando la norma jurídica aflora porque se utiliza para dirimir la litis.

---

<sup>1</sup> D.22,3.

Del mismo modo, he venido aceptando la idea clásica de que las decisiones judiciales son el resultado de lo que conocemos como “subsunción”, o sea, la consecuencia de razonamientos lógicos, articulados en forma de silogismos, en los que la premisa mayor es la norma, la premisa menor los hechos y la conclusión el fallo de la sentencia. Y que esto es así, sin otras excepciones que las derivadas de la necesidad a la que a veces se enfrentan los jueces de solucionar colisiones de principios y normas, de ponderar la prelación de los bienes que se han de proteger y la derivada del desarrollo del Derecho más allá del “plan de la ley” –ya sea atendiendo a las “necesidades del tráfico jurídico”, a la “naturaleza de la cosa”, o a un principio ético-jurídico-.

Sin embargo, tengo para mí que esta estructura argumentativa de los juicios no es otra cosa que la justificación del acto de voluntad del juez que, en ejercicio del poder que le ha sido conferido, resuelve el conflicto. Cuando el juez dicta sentencia lo hace convencido de unos hechos sobre los que proyecta la norma, por lo que la labor probatoria consiste en ofrecerle un argumento que le sirva de base sobre la que apoyar su convicción. Las partes litigantes tratarán, en definitiva, de convencerle de aquellos hechos que, una vez que se les aplique la norma, favorezcan sus respectivos intereses, en contra de lo que resulte del argumento de la otra parte o de una presunción.

Mi tesis es que, del mismo modo que en el proceso penal se parte de la presunción de inocencia, en los juicios instaurados como consecuencia de un conflicto jurídico-privado, y, obvio es decirlo, por razones distintas, para llegar a la determinación de los hechos que permiten fijar la premisa menor del silogismo, se parte siempre de un presupuesto que favorece el interés de un de los litigantes.

Este carácter presuntivo del inicio de los pleitos, se refleja de forma muy expresiva en la redacción de la fórmula en la época del procedimiento formulario. El documento comenzaba con la proposición *si paret*, lo que predeterminaba el fallo de la sentencia hasta el extremo de que, si no llegaba a “constar” aquello de lo que se hacía depender la *condemnatio*, la consecuencia era inexorablemente la absolución, de la cual el juez no se podía apartar a no ser que se amparase en el juramento *sibi non liquere*, que en el fondo no es sino un caso particular del *non parere* y, por lo tanto, una alternativa de la absolución.

La antítesis de este planteamiento la ofrecía la *legis actio sacramento in rem*, en la que, a tenor de lo que recuerda Gayo<sup>2</sup>, las partes pronuncia-

---

<sup>2</sup> 4,16.

ban las mismas palabras rituales, situándose en un plano de igualdad que obligaba a ambas a realizar el mismo esfuerzo probatorio para fundamentar su derecho, sin que el juez se viese constreñido de antemano por una presunción. En el mismo plano se colocaban también las partes en las acciones divisorias, aunque con matices en este caso, pero en el resto de las acciones y procedimientos su posición era distinta, lo que explica el uso de los términos *actor* y *reus* para definir los papeles que cada una de ellas debía desempeñar en el proceso.

La controversia que trae su origen de una relación jurídico-privada, está guiada, por una presunción inicial que obliga a una de las partes a realizar el esfuerzo probatorio para destruirla, si quiere ganar el juicio, convenciendo al juez de otra cosa.

Estas presunciones iniciales están establecidas implícita o explícitamente por la norma<sup>3</sup>. D.22,3, no es otra cosa, sustancialmente, que una enumeración de algunas de ellas<sup>4</sup>, siendo muy numerosas las que se encuentran diseminadas por el resto de Compilación.

Y ello porque las normas jurídicas completas, dado su carácter dispositivo, al iniciarse el litigio en el que se exige su aplicación, dan lugar a una conjetura o presupuesto que actúa como presunción de derecho que da por ciertos unos hechos salvo que se convenza al juez de que no ocurrieron o de que acaecieron de otra manera.

Quiero decir con esto que si, por ejemplo, se intenta un desahucio por el motivo primero del art. 1.555 del C.c. español, o sea, por el incumplimiento de la obligación que tiene el arrendatario de usar la cosa arrendada con la diligencia de un buen padre de familia, en el litigio se partirá de la presunción, en este caso implícita, de que el arrendatario actuó con la diligencia exigida, debiendo el arrendador convencer al juez de que no fue así, si quiere obtener una sentencia en la que se ordene el desahucio, porque, de lo contrario, el juez no puede hacer otra cosa que absolver.

---

<sup>3</sup> Empleo aquí el término en un sentido lato.

<sup>4</sup> La lectura que se puede hacer del primer fragmento es: “se presume que no hay parentesco o gentilidad salvo que se acredite”; del fragmento segundo: “se presume que quien niega tiene razón salvo que quien afirma pruebe lo contrario”; del tercero: “cuando se da un fideicomiso tácito a cargo de aquél que, tanto en el primero como en el segundo testamento, es instituido heredero de la misma parte o de otra parte mayor, se presume que el testador no mudó la voluntad salvo que quien esto firma lo pruebe”; del cuarto: “se presume que el esclavo no huyó antes de que el comprador lo comprase mientras no se demuestre lo contrario”...Y así sucesivamente.

La presunción inicial transforma cualquier “hecho-acaecimiento” en “hecho-enunciado”, de manera que, como “hecho-norma”, obliga al jugador a desestimar cualquier opción que no consiga destruirla aunque las circunstancias le hayan predispuesto a otra cosa. Y eso solo cuando el presupuesto admite prueba en contrario, porque en ocasiones, como la prevista en el artículo 1.251 del C.c. español, en virtud del cual la cosa juzgada es verdad cuando la sentencia es ganada en juicio de revisión, ni siquiera esa posibilidad se ofrece.

Si el objeto del juicio es la solución de un conflicto, resulta que el Derecho se aplica a los hechos, pero éstos, como punto de partida de la litis, son establecidos por la propia norma bajo la forma de presunción. Y, además, no como “hecho en bruto” sino como hecho elaborado. Así pues, salvo en el caso de que se convenza al juez de otra cosa, el hecho sobre el que ha de resolver es la presunción, es decir, el aportado por la norma, implícita o explícitamente como presupuesto.

Las antiguas clasificaciones que distinguen entre presunciones *hominis* y *iuris* y diferencian entre simplemente *iuris* y *iuris et de iure*, abrieron el camino que ahora nos toca recorrer a nosotros, porque las preguntas fundamentales, cuya respuesta nos permitirá comprender el verdadero ser del Derecho, aún están sin formular.

Desde el punto de vista del razonamiento silogístico mediante el que se aplica el Derecho, las normas, en cuanto “hecho-norma”, crean la paradoja de constituir al mismo tiempo la premisa mayor y la premisa menor, como en una especie de subsunción perfecta o quintaesenciada, que conduce inexorablemente a la conclusión del silogismo.

Pero: ¿A qué responden?, ¿cómo se explican? En definitiva: ¿cuál es el porqué de cada una de ellas? Y la respuesta a estas preguntas es crucial porque la presunción inicial, es decir, la propia norma, coloca a las partes en planos diferentes en el proceso.

Pienso yo que la definición de Cuyacio según la cual presunción es *conjectura ducta ab eo, quod fieri, vel contingere solet ut plurimum* –suposición deducida de lo que suele acontecer o hacerse la mayoría de las veces, no es suficiente. Porque si la presunción Pauliana que se recoge en el artículo 116 del vigente C.c. español hunde sus raíces en la experiencia médica que dice que el ser humano no puede vivir más de 300 días ni menos de 180 en el claustro materno y la de fraude de acreedores del 1.297 puede encontrar su explicación en una práctica extendida de los deudores a los que atribuye una tendencia natural a la conducta fraudulenta, ¿qué razón de ser puede darse a la de ocultación de escritura de venta del 1.638? ¿y a la de permiso para usar la cosa depositada del 1.768, a la de culpa del

depositario de 1.769, a la de convivencia de los esposos del 69 o a la de posesión no viciosa del heredero del 442, por no citar más que alguno de los numerosísimos ejemplos de presunciones explícitamente formuladas que se contienen en nuestro derecho vigente?

La respuesta no puede ser una simple razón estadística como parece que debemos deducir de la definición de Cuyacio. Ha de haber motivos de otra índole que las expliquen. La respuesta al porqué de cada una de ellas proporcionará una especie de genoma del Derecho que estará integrado por razones a veces estadísticas, otras morales, económicas o políticas...; esa, en fin, todavía no encontrada naturaleza de lo jurídico, que nos permitirá descubrir definitivamente la materia oscura del objeto de nuestra ciencia.

