

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2023/2024

Convocatoria: JULIO

**LAS PRESUNCIONES Y SU NATURALEZA. ANÁLISIS
NORMATIVO, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL. LA
PELIGROSIDAD DE LAS PRESUNCIONES. ESPECIAL
ATENCIÓN A LAS PRESUNCIONES LEGALES.**

**Presumptions and their nature. Normative, doctrinal and jurisprudential analysis.
The dangerousness of presumptions. Special attention to legal presumptions.**



Realizado por el alumno/a DANIEL GARCÍA ÁLVAREZ (54064457J)

Departamento: **ÁREA DE DERECHO PROCESAL**

Área de conocimiento: **CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS**



ABSTRACT

The presumption as a legal entity underlies a halo of uncertainty. It is surprising that, in the case of a figure with a powerful capacity to have an impact on the social and legal order, there is no generalized consensus both in doctrine and in jurisprudence on its content and scope. This paper aims to carry out an extensive study on this entity, mainly on the so-called legal presumptions. In this way, we will be in a position to understand the dangers that arise as a result of the misuse of them and to promote the protection of the relationship that the citizen establishes with the state, as well as his rights and freedoms.

Key Words: presumption, legal, doctrine, jurisprudence, dangers, citizen, State, relationship, protection, rights, freedoms, norm, reasoning.

RESUMEN

La presunción como entidad jurídica subyace bajo un halo de incertidumbre. Sorprende que, tratándose de una figura con una poderosa capacidad de impacto en el orden social y jurídico, no exista un consenso generalizado tanto en la doctrina como en jurisprudencia sobre su contenido y alcance. El presente trabajo pretende realizar un amplio estudio sobre esta entidad, principalmente sobre las denominadas presunciones legales. De esta manera nos situaremos en posición de comprender los peligros que surgen como consecuencia del uso erróneo de las mismas y fomentar la protección de la relación que el ciudadano establece con el estado, así como sus derechos y libertades.

Palabras clave: presunción, doctrina, jurisprudencia, peligros, ciudadano, Estado, relación, protección, derechos, libertades, norma, razonamiento.

ÍNDICE.

1. INTRODUCCIÓN.	4
2. LA NATURALEZA DE LAS PRESUNCIONES	5
2.1. Consideraciones previas.	5
2.2. Elementos esenciales.	6
2.3. Distinción entre presunciones e indicios.	6
2.4. Distinción entre medio de prueba y método para probar.	7
2.5. Distinción entre presunción legal y presunción judicial	9
2.5.1. Consideraciones previas.	9
2.5.2. Distinción entre norma jurídica y método para probar.	10
2.5.3. El alcance de la “prueba” del artículo 385.1 LEC.	12
2.5.4. El carácter normativo de las presunciones legales versus el razonamiento para la búsqueda de la certeza de las presunciones judiciales.	17
2.6. La naturaleza de las presunciones. Conclusiones.	21
3. LA PROBLEMÁTICA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES.	21
3.1. Honor y dignidad. La frágil relación del ciudadano con las instituciones.	22
3.2. Necesidades de control previo. Las consecuencias de tener la razón.	24
3.3. El incierto fenómeno de la presunción implícita.	26
4. CONCLUSIONES.	31
5. BIBLIOGRAFÍA.	33

1. INTRODUCCIÓN.

“Praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit”, “se hace una presunción de lo que suele suceder”.

Acuña esta expresión el derecho romano, responsable en parte del origen de la casuística y consciente de que el uso de la norma en abstracto resulta susceptible de originar resoluciones injustas.

Este movimiento da respuesta a la constatación de la necesidad de dar concreción a la norma, más como apunta DIEGO GRACIA *“El casuista no discute la norma. Lo que hace es aplicar la norma genérica a situaciones concretas, lo que le obliga, además de tener en cuenta la norma, incluir en el proceso deliberativo las circunstancias y las consecuencias¹”*.

Resulta paradójico que la figura de las presunciones, que antes respondía a una concepción casuística en la aplicación de la norma, por cuanto pretende su acercamiento al caso concreto, desemboque en estos tiempos, en un recorrido de sentido contrario, donde la presunción pretende convertirse en norma.

Da la sensación de que hoy en día una presunción es capaz de generar normas cuasi-divinas. Auténticos dogmas de fe sobre aquello que establecen.

El legislador habla y resuena con solemnidad y pompa: - *“Estas palabras que yo te mando hoy estarán en tu corazón, se las repetirás a tus hijos y hablarás de ellas estando en casa y yendo de camino, acostado y levantado; las atarás a tu muñeca como un signo, serán en tu frente una señal; las escribirás en las jambas de tu casa y en tus portales²”*.

Analizaremos en este trabajo la realidad de las presunciones, su naturaleza y sus peligros a fin de estar prevenidos frente los abusos y la arbitrariedad que puede originar el uso de esta figura.

¹ GRACIA DIEGO.: “Tomar decisiones morales: Del casuismo a la liberación”, *Dilemata*, nº 20, 2016. Disponible en <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/420> (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

² Sagrada Biblia, versión oficial de la Conferencia Episcopal Española, Deuteronomio 6:6-7. Disponible en <https://www.conferenciaepiscopal.es/biblia/deuteronomio/> (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

2. LA NATURALEZA DE LAS PRESUNCIONES.

La comprensión de la naturaleza de las presunciones será la piedra angular de este trabajo pues de ella se hacen depender las consideraciones que sobre los peligros de las presunciones se harán en el apartado tercero.

2.1. Consideraciones previas.

El acercamiento a la figura de la presunción implica la necesidad de su consideración como un ente dinámico. La caracterización de las presunciones se nutre de una multiplicidad de teorías que abordan tanto su razón de ser como implicaciones conceptuales y prácticas.

Es por ello que no se pretende en este apartado configurar una razón objetiva e indiscutible sobre su naturaleza, sino generar un acercamiento que facilite la comprensión de las sendas consideraciones que se muestran en este trabajo.

“En ninguna otra parte existe tal confusión entre el lenguaje y los conceptos como en la doctrina relativa a las presunciones. Se puede decir que hasta ahora no se ha logrado aclarar el concepto de la presunción. [...]”³

³ Fuente original: ROSENBERG, L.: La carga de la prueba, p. 233.

Fuente secundaria: ZUCCARINI, JUAN P.: “Concepción normativa de las presunciones”, 2022. Disponible en https://www.academia.edu/84227430/Concepci%C3%B3n_normativa_de_las_presunciones (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

2.2. Elementos esenciales.

Para MONTERO AROCA una presunción “*consiste en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado o admitido por las dos partes, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo el nexo lógico existente entre los dos hechos*⁴”.

Coincide la doctrina mayoritaria en establecer TRES elementos que caracterizan la figura de la presunción: El hecho base, el hecho presunto y el nexo.

En la publicación “*La prueba en el procedimiento civil*” AZNAR DOMINGO junto a sus coautores realizan un análisis de los elementos de la presunción. De este modo la figura quedaría caracterizada por:

“1º Una afirmación base, hecho base, o indicio, ello es, el presupuesto necesario, que debe existir y debe resultar admitido o probado;

2º La afirmación presumida, o hecho presumido, que es la consecuencia que se pretende obtener de la prueba o admisión del hecho base o presunto;

*3º El nexo lógico o enlace entre ambos hechos, que comporta el núcleo de la presunción, como método de fijar la certeza de ciertos hechos (el hecho presunto), mediante la prueba del hecho base*⁵”.

2.3. Distinción entre presunciones e indicios.

Resulta de interés la discrepancia que se produce entre dos afirmaciones categóricas:

⁴ MONTERO AROCA, J.: *Derecho jurisdiccional II: Proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 298

⁵ AZNAR DOMINGO, A., DÍAZ ALEJANO B., ALEXANDER PAZ GARCÍA, R.: “*La prueba en el procedimiento civil*”, 2022. Disponible en <https://elderecho.com/prueba-procedimiento-civil#667d40ec3033d> (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

De un lado SERRA DOMINGUEZ opina que la comparación de definiciones de presunción e indicios “*revela claramente que nos encontramos ante una única institución*”⁶.

De otro lado La STS 6617/ 2006⁷ establece una sólida distinción entre ambas figuras.

“[...] las pruebas indirectas o indiciarias no son, por regla general, por sí mismas, suficientes para probar el hecho a demostrar, aunque acompañadas de otros indicios permiten formar la convicción judicial sobre la verosimilitud del hecho. En cambio, en las presunciones, el hecho-base, requiere demostración, pero el hecho deducido diferente del hecho-base, tiene entidad autónoma, respecto del primero, aunque esté unido a él por un razonamiento o enlace -lógico consistente que vincula al uno con el otro. La presunción no es, por tanto, un indicio [...]”.

2.4. Distinción entre medio de prueba y método para probar.

Una primera aproximación, con la lectura del derogado⁸ artículo 1253.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁹ parece establecer una conceptualización categórica de la presunción como medio de prueba.

⁶ Fuentes originales: SERRA DOMINGUEZ, M. «De las Presunciones...». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo xVi, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil, ob. cit., 617.

Fuente secundaria: RIVERA MORALES, R.: “*Ajuste renovador de la concepción de Serra Domínguez sobre el indicio y la presunción*”, AIS: Ars Iuris Salmanticensis, núm. 6(2), 2018, p. 196. Disponible en <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/20342/20658> (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

⁷ STS (Sala de lo Civil) de 6 de noviembre de 2006 (rec. núm. 4915/1999). Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/587e114eb724cc38/20061123>

⁸ Se derogan por la disposición derogatoria única.2.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero. Ref. BOE-A-2000-323.

⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889. Modificación publicada el 6 de noviembre de 1999.



“Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

Esta apreciación contrasta con el estudio que realizan ANTONIO AZNAR y sus coautores al abordar esta cuestión citando a MONTERO AROCA y a la STS 6730/2012¹⁰.

Afirman que *“Existe cierta unanimidad doctrinal, al entender que la presunción no es un medio de prueba, en sentido estricto, ni “tampoco son una actividad probatoria, sino un método de prueba; son un método para probar”. Más concretamente y como afirma la jurisprudencia no es un medio de prueba es “un método de fijar la certeza de ciertos hechos”, aunque contenga elementos propios de un medio probatorio¹¹”.*

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹² que deroga el artículo 1253 antes citado, postulaba en su exposición de motivos XI:

“Introducidas en la presente Ley las presunciones como método de fijar la certeza de ciertos hechos y regulada suficientemente la carga de la prueba, pieza clave de un proceso civil en el que el interés público no sea predominante, puede eliminarse la dualidad de regulaciones de la prueba civil, mediante la derogación de algunos preceptos del Código Civil”.

Asimismo, conviene destacar el orden de la regulación de las presunciones y medios de prueba que el legislador introduce en los artículos 299ss. de la citada ley.

Haciendo una interpretación sistemática de los artículos 385 y 386 podemos afirmar, que no estamos ante medios de prueba, al menos tal y como la ley los concibe, pues es posible identificar una voluntad del legislador de dar tratamiento por separado a

¹⁰ STS (Sala de lo Civil) de 5 de septiembre de 2012 (rec. núm. 1747/2009). Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/193c02cecb8e11c2/20121105>

¹¹ AZNAR DOMINGO, A., DÍAZ ALEJANO B., ALEXANDER PAZ GARCÍA, R.: *“La prueba en el procedimiento civil”*, 2022. Disponible en <https://elderecho.com/prueba-procedimiento-civil#667d40ec3033d> (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

¹² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 7, de 8 de enero del 2000. Texto inicial publicado en misma fecha.



lo que entiende que son medios de prueba, los cuales identifica en el artículo 299, como figuras diferenciadas de las presunciones de los artículos 385y 386.

2.5. Distinción entre presunción legal y presunción judicial

En este apartado, estableceremos dos naturalezas, de un lado una naturaleza de carácter normativo para las presunciones legales, del otro una naturaleza que se fundamenta en el ejercicio de actividad intelectual de razonamiento. Reviste especial interés la justificación de tales afirmaciones en tanto que esta vinculará a la línea argumentativa que se pretende en este trabajo.

2.5.1. Consideraciones previas.

En contraposición al acuerdo generalizado sobre los elementos esenciales, surgen discrepancias conceptuales relacionadas con las consecuencias derivadas del origen del nexo.

Mientras que la corriente tradicional recoge, dentro de la misma categoría, cualquier presunción sin distinción de la causa de origen del nexo lógico, otra corriente aconseja el tratamiento por separado, haciendo distinción entre una presunción de carácter legal o judicial, según si quién establece el nexo es el legislador con carácter general o el juez, en el caso concreto.

No se trata de que autores como MONTERO AROCA o SERRA DOMINGUEZ, desechen la distinción entre ambas categorías, sino que no interesan la necesidad de conceptualizar DOS categorías de presunciones como entes autónomos y distintos entre sí.

En esta línea ZUCCARINI concluye que *“para este grupo de juristas existe una asimilación conceptual entre las presunciones legales y las judiciales, por entender que ambas consisten en un silogismo racional inductivo, cuya única variante radica en el*

sujeto encargado (legislador o juez) de pergeñar la ilación lógica entre el hecho base y el hecho presumido¹³”.

Adoptando una corriente crítica a la conceptualización unitaria de las presunciones TARUFFO entiende que se incurre en un error conceptual por cuanto se consideren idénticas las presunciones legales y judiciales y SACCO comparte este posicionamiento y concreta el valor diferencial de ambas categorías, atribuyendo a las presunciones legales una función normativa relacionada con la alteración de la carga de la prueba y a las presunciones judiciales una función de razonamiento¹⁴.

2.5.2. Distinción entre norma jurídica y método para probar.

Comencemos haciendo lectura del artículo 386 de la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁵, donde se regulan las presunciones judiciales.

“Artículo 386. Presunciones judiciales.

1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

¹³ ZUCCARINI, JUAN P.: “*Concepción normativa de las presunciones*”, 2022, p. 4. Disponible en

https://www.academia.edu/84227430/Concepci%C3%B3n_normativa_de_las_presunciones (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

¹⁴ Fuentes originales: Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, tr. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, p. 471. Y Cfr. Sacco, Rodolfo, Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova, p. 399 y siguientes.

Fuente secundaria: ZUCCARINI, JUAN P.: “*Concepción normativa de las presunciones*”, 2022, p. 4. Disponible en

https://www.academia.edu/84227430/Concepci%C3%B3n_normativa_de_las_presunciones (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

¹⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 7 de 8 de enero de 2000 (en adelante LEC).



2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”.

Identificaremos DOS aspectos relevantes:

Primero: un criterio de discrecionalidad que posibilita al tribunal presumir o no la certeza de un hecho presunto, siempre que se haya admitido o probado el hecho base. Este criterio resulta apreciable en la ya citada STS 6617/2006.

“Pretende a través del recurso la parte, que el Tribunal acuda a la prueba de presunciones para acreditar la existencia de simulación, sin embargo, reiterada doctrina de esta Sala (entre las sentencias más recientes, las de 13 de junio de 2005 y 31 de mayo de 2006), ha establecido que el artículo 1.253 del Código civil faculta o autoriza mas no obliga a utilizar dicha prueba”

Segundo: La necesidad de una actividad intelectual de razonamiento presuntivo, artículo 386. 1, párr. 2º.

Contrasta esta situación con aquella que estable el artículo 385 de la misma ley.

“Artículo 385. Presunciones legales.

1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”.

Existe una contraposición con la regulación del artículo 386, en concreto, la ausencia de una actividad intelectual de razonamiento presuntivo y por tanto a su vez, la ausencia de un criterio de discrecionalidad en su aplicación.



La regulación de las presunciones legales se desvincula de toda labor intelectual de razonamiento por parte del juez, pues su finalidad no responde a la necesidad de regular o limitar el ejercicio de esta facultad. El artículo 385 pretende establecer una norma imperativa que determine la alteración de la carga de la prueba en determinadas situaciones, cuando y como especifica en el apartado 1, párr. 2º *“Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba”*.

No existe, por tanto, una regulación acerca del razonamiento presuntivo, sino una norma de desplazamiento de la carga de la prueba.

Serán estas las llamadas presunciones iuris tantum, aquellas que recoge el artículo 385.2, las que admiten la presunción, salvo prueba en contrario.

No se requiere del juez que, si lo estima conveniente aplique ese método con el que fijar la certeza de ciertos hechos, sino que se establecen unas normas de procedimiento que en virtud del artículo 117.3 de la Constitución Española¹⁶, vinculan al juez como rector del proceso y a las partes, en su contenido.

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

2.5.3. El alcance de la “prueba” del artículo 385.1 LEC.

Rubrica el artículo 385.1, párr. 2º *“Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba”*.

Para luego regular en el 385.2 los supuestos de presunciones iuris tantum *“Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario”* y en el 385.3 los

¹⁶ Constitución Española, BOE nº 311 de 29 de diciembre de 1978 (en adelante CE).



supuestos de presunciones iuris et de iure “*salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba*”.

Trataremos de justificar por qué las previsiones probatorias del 385.1, párr. 2º, resultan de común aplicabilidad en ambos tipos de presunciones y que, si bien la rúbrica versa sobre la prueba, esta no sólo se refiere a un proceso probatorio que corresponde a la fase formal de prueba característica del proceso, sino que entendemos que alcanza a cualquier función de carácter probatorio, o por no crear confusión de términos, comprobatorio.

Continuando la línea expuesta, conviene traer a colación la regulación que del sobreseimiento se hace en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁷, arts 634 y ss.

En concreto, regula el artículo 637 el sobreseimiento libre:

“Procederá el sobreseimiento libre:

1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.

2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”.

Teniendo en consideración la atribución al juez de esta facultad, la posibilidad de su ejercicio en etapas del proceso que suceden de forma previa a la fase probatoria con carácter formal (622 ss. LECrim), junto a la necesidad fundamentar su aplicación en una serie de acciones de carácter comprobatorio (637 antes expuesto) podemos afirmar que la prueba, a que se refiere el artículo 385.1, párr. 2º LEC, no se refiere, por ejemplo, sólo a aquellas que han de practicarse durante la fase del juicio oral (688 ss. LECrim) sino también a las comprobaciones que se realizan es fase de instrucción o en cualquier procedimiento comprobatorio de similares características, donde se le atribuya al juez la

¹⁷ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Crimina. «Gaceta de Madrid» núm. nº 260 de 17 de septiembre de 1882 (en adelante LECrim).



facultad de dictar un auto de sobreseimiento tras un proceso de comprobación sobre aquello que origina la causa.

Hacer una interpretación restrictiva sobre el alcance de la prueba, supone admitir que, por ejemplo, habiéndose practicado las diligencias correspondientes y que de la investigación se concluyere que no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho base de la presunción, siendo el hecho presunto aquel que hubiere originado la causa, deberá aun así proceder el juez con la continuación del proceso, puesto que el hecho presunto se sostendrá en tanto que no se discuta la existencia del hecho base.

Asimismo, la construcción de una causa, que tras la comprobación de hechos y circunstancias pretenda concluir que existen indicios suficientes de criminalidad por la prueba del hecho base y así promover la continuidad del proceso, pero que en sentido contrario, frente la comprobación de la falta de indicios sobre la certeza del hecho base, no pueda promoverse la terminación del mismo, podría considerarse una forma de proceder desproporcionada, y contraria a principios como el de culpabilidad, por lo que supone la continuidad de la acción punitiva, frente a unos hechos que se sustentan en otro aparentemente inexistente o que no supone una vulneración de la norma.

Esta situación hipotética adquiere un mayor nivel de reprochabilidad, si comprendemos que, habiendo conocimiento por parte del juez, de motivos fundamentados para solicitar el sobreseimiento del caso, este se vea obligado a no hacerlo, por el cumplimiento una norma de desplazamiento de carga de la prueba (385 LEC), que traslada a una parte del proceso, en este supuesto concreto, la necesidad de llegar a las mismas conclusiones a las que el juez ya llegó o hubiera podido llegar, teniendo seguramente la parte, menos medios a su disposición.

Incluso considerando que fuera suficiente la reproducción, del auto de conclusión de sumario, o pronunciamiento análogo, por aquella parte afectada por el desplazamiento de la carga de la prueba, para desvirtuar las exigencias del 385.1, ello supondría un perjuicio sustancial al principio de economía procesal.

Puede no ser cuestión baladí la coincidencia en los términos en que se expresan ambos artículos 385 LEC y 637 LECrim.

“Procederá el sobreseimiento libre: 1º Cuando no existan indicios racionales [...] y Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio [...]”.

Quizás sea una mera coincidencia o quizás expresan la voluntad del legislador de situar ambas realidades en el mismo plano, pero no daremos mayor importancia a esta cuestión, que dejamos atrás como una coincidencia anecdótica.

Lo relevante es comprender que aquella prueba a que se refiere el 385.1, párr. 2º, se refiere no solo a la fase probatoria en sentido estricto, sino que incluye las fases de instrucción del procedimiento penal y cualquiera otra fase de análoga naturaleza, donde se produzcan actos de comprobación que puedan desembocar en el sobreseimiento de la causa.

A continuación, realizaremos un orden de posibilidades que relaciona los elementos de la figura de la presunción, la prueba en el sentido previamente expuesto y los dos tipos de presunciones legales a tenor de lo dispuesto en el artículo 385 LEC y en congruencia con la línea de análisis expresada.

Respecto de las presunciones *iuris tantum*:

La prueba del hecho base. A falta de admisión, la prueba de la certeza del hecho base podrá realizarse tanto en fase de instrucción o análoga fase procedimental (Línea de interpretación previamente expuesta en relación con los artículos 385.1, párr. 2º LEC y 637 LECrim) cómo en auténtica fase probatoria.

La prueba del hecho presunto y del nexo lógico. Producido el desplazamiento de la carga de la prueba sobre una de las partes y teniendo en consideración que las pruebas aportadas por las partes requieren de contradicción dentro de una fase probatoria en sentido estricto, podemos afirmar, que la previsión del 385.2 sitúa la prueba del hecho presunto y del nexo en la fase probatoria estricta del proceso.

La cuestión radica en si existe una posibilidad para con el juez, de emitir pronunciamiento en relación con la prueba o comprobación del hecho presunto o el elemento del nexo en momento ajeno al pronunciamiento que derive de la actividad probatoria en sentido estricto.

Comprendemos que ello no es posible, por tanto, que la constatación del hecho base, dota al hecho presunto de una entidad propia.

Así lo expresa la STS 6617/2006 ya citada.

“En cambio, en las presunciones, el hecho-base, requiere demostración, pero el hecho deducido diferente del hecho-base, tiene entidad autónoma, respecto del primero”.

Resultaría contrario a la tutela judicial efectiva privar a las partes de establecer alegaciones sobre aquello que sustenta el objeto del proceso, habiéndose adquirido cierta certeza sobre su existencia tras haberse probado o admitido el hecho base.

No se trata de que el juez no pueda negar la existencia del hecho presunto, o de un nexo lógico, pero ello ha de hacerse después de la práctica de las pruebas.

Respecto de las presunciones iuris et de iure:

La prueba hecho base. Repetimos lo expuesto para las presunciones iuris tantum, puesto que el hecho base siempre ha de ser admitido o probado, así lo establece la ley de forma taxativa en su artículo 385.1, párr. 2º LEC, disposición común para toda presunción legal, iuris tantum o iure et de iure.

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

La prueba del hecho presunto y del nexo lógico. Podemos comenzar analizando el artículo 385.3 LEC que comienza de la siguiente manera *“Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario”*. Establece una clara referencia a las presunciones iuris tantum a qué se refiere el artículo 385.2 *“Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario”*.

Termina el artículo 385.3 acogiendo la realidad de las presunciones iuris et de iure *“salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”*.

Se constata de este modo un marco de regulación donde fuera de los supuestos comunes del 385.1 y fuera de los supuestos de presunción iuris tantum del 385.2, se admiten las presunciones iure et de iure en el artículo 385.3.

Teniendo en cuenta que el 385.3 excluye las facultades probatorias de las partes sobre aquello que regula el 385.2 en relación con la prueba del hecho presunto y el nexo lógico, podríamos pensar que estos resultarán inatacables en el curso de una fase probatoria en sentido estricto.

Resulta comprensible esta consideración, si entendiéramos que la naturaleza de las presunciones legales responde a una actividad de razonamiento presuntivo, como sí que sucede en las presunciones judiciales.

Comprenderíamos que si la razón de ser de la consideración sobre la existencia del hecho presunto una vez probado o admitido el hecho base fuera una actividad intelectual, será la oposición a esta actividad, aquello que desvirtúe la presunción establecida. Más si la norma excluye esa posibilidad, resultarían inatacables hecho presunto y nexos.

Resulta sustancialmente incorrecto este posicionamiento por múltiples razones:

Respecto de las presunciones *iuris tantum*. Aun admitiéndose prueba en contrario sobre los elementos mencionados, esta no se dirige contra un razonamiento presuntivo, sobre el error o la incorrección del mismo. La prueba irá dirigida a demostrar la inexistencia de los hechos tal y como se presumen o la relación que exista con el hecho base.

No se trata de discutir si la motivación que justifica el razonamiento presuntivo es correcta o incorrecta, sino una oposición que se circunscribe dentro de la actividad probatoria común. Pudiéndose discutir en las presunciones legales, no sólo los hechos, sino la propia norma que las establece, cosa que no ocurre con las presunciones judiciales.

2.5.4. El carácter normativo de las presunciones legales versus el razonamiento para la búsqueda de la certeza de las presunciones judiciales.

Llegados a este momento podemos preguntarnos: ¿Si la norma que establece la presunción, no supone ningún tipo de razonamiento presuntivo, ni lo pretende y habida cuenta de que es posible oponerse frente las presunciones legales todo aquello que se le puede a la norma, no será que la naturaleza de estas presunciones reviste una naturaleza enteramente normativa?

Refuerza esta consideración la redacción del artículo 385.1 *“Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este*

hecho favorezca”. tratándose de una norma, que no establece ni pretende una actividad de razonamiento, sino una simple configuración de la atribución de carga de la prueba.

Refuerza esta consideración, la conceptualización ya expuesta de la presunción judicial como método para hallar la certeza, que mucho difiere de aquello que se pretende con las presunciones legales.

Respecto de las presunciones iuris tantum. Se considera que la carga de la prueba responde a una doctrina de facilidad probatoria y bien en cierto que ello podría facilitar la averiguación sobre la certeza de los hechos. Pero no toda actividad que genere certeza sobre hechos es una presunción judicial, sino que será presunción judicial en sentido estricto, y como realidad distinta a la normativa, aquella que sea método para hallar la certeza de los hechos a través de una actividad de razonamiento presuntivo, más esto no es lo que sucede en las presunciones iuris tantum que no son más que una norma de desplazamiento de la carga de la prueba, carente de cualquier actividad de razonamiento presuntivo. Sólo se requiere, para su conformidad a derecho, que la alteración que produzca sobre la carga de la prueba, este debidamente justificada.

Respecto de las presunciones iuris et de iure. Podemos apreciar que elementos como el de certeza o de razonamiento presuntivo, no estarán presentes. En cambio, sí que estarán todos aquellos elementos característicos de la norma: finalidad, proporcionalidad, etcétera.

En esta línea destacamos los apartados 86 y 88 del asunto C-135/17¹⁸

“Pues bien, este automatismo de la normativa en cuestión en el litigio principal, comparable en lo esencial a una presunción iuris et de iure de fraude o evasión fiscal, no puede justificarse basándose únicamente en los criterios establecidos por dicha normativa. [...]”

“Habida cuenta de la jurisprudencia citada en el apartado anterior, la normativa controvertida en el litigio principal, en la medida en que presume la existencia de conductas artificiales por la única razón de que se reúnen los requisitos enumerados en dicha normativa, al tiempo que no da posibilidad alguna al sujeto

¹⁸ STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019 (asunto C-135/17). Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211048&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=149352975>

interesado para destruir esa presunción, rebasa, en principio, lo necesario para alcanzar su objetivo”.

El artículo 90 del Código Civil de la Nación Argentina ilustra perfectamente la ausencia de una búsqueda de la certeza en las presunciones legales. Evidentemente el sistema legal argentino responderá a su propia idiosincrasia, pero conocedores de que ambos sistemas legales argentino y español traen causa de origen común, las figuras jurídicas que en ello se reproducen suelen resultar, si no equivalentes, similares

Hagamos pues un viaje breve a la Argentina que en estos tiempos resuena con sumo interés en el panorama internacional.

“Artículo 90: El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente”.

Resulta sumamente interesante este precepto legal, tanto por la claridad con la que se establece una presunción iuris et de iure (“sin admitir prueba en contra”, como por la constatación de la falta de interés de la norma legal en hallar certeza sobre el hecho presunto (“aunque de hecho no esté allí presente”).

También interesa la mención del artículo 66 del Código Civil de Colombia que expresa en su apartado tercero “Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho [...]”.

Si bien podemos estar ante una simple elección de términos lingüísticos, resulta cuanto menos curiosa la elección de términos. Comprendiéndose que la realidad de las presunciones iuris et de iure, se tratase de un método para hallar certeza, cabrían expresiones como “se presume cierto, se presume veraz...” sin embargo se utiliza una expresión que vincula la presunción con una realidad normativa y es que como defendemos en nuestra línea argumental, las presunciones legales, son, en definitiva, normas.

Podemos abrir un espacio de discusión sobre la naturaleza presunciones iuris tantum, más ya se ha argumentado nuestra conceptualización de las mismas como norma. Sin embargo, en lo que se refiere a las presunciones iuris et de iure, afirmamos categóricamente que responden a una naturaleza de carácter normativo.

De vuelta en España, resulta relevadora la apreciación de las argumentaciones que versan sobre causas relacionadas con las presunciones legales. No vamos a mencionar sentencias en concreto, pues son útiles a estos efectos, cualquiera de las mencionadas en este trabajo.

Si realizamos este acercamiento desde una perspectiva amplia, podremos ver que en ninguna se hace mención a elemento alguno de certeza, o de razonamiento presuntivo, al menos, no como algo relevante que fundamente el fallo. Es posible que para dar contexto se haga mención de ello, más nunca supondrá un contenido relevante de la fundamentación jurídica, pues en definitiva la certeza del hecho presunto en las presunciones legales, resulta irrelevante.

Resulta también revelador como sí que aparece ese término cuando se menciona a las presunciones judiciales en la STS 6730/2012 ya citada

“Los términos de la norma "el tribunal podrá presumir la certeza" han sido interpretados en el sentido de que las presunciones judiciales, a las que se refiere el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permiten tener por demostrado un hecho que no ha sido acreditado por prueba directa o, en concurrencia con ella, a partir de uno o varios hechos probados, cuando exista un nexo lógico entre los hechos probados y aquel que se trata de demostrar, pero no obliga al Juez a acudir a las presunciones, por lo que su control por vía del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil-no por la del artículo 469.1.2-, exige que el juzgador de instancia haya hecho uso de ellas y que la inferencia seguida para sentar la afirmación deducida no se ajuste a las reglas de la lógica, sin que sea suficiente que la apreciación del Tribunal de instancia no sea unívoca o sea dudosa”.

Asimismo, es congruente con la naturaleza expuesta para con las presunciones judiciales, el amparo legal que se les atribuye en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal. Descartándose la vía del 469.1.2 LEC (Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia) y aceptando el 469.1.4 (Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24CE) por lo que supone que se trata de una oposición a cómo se ha producido la valoración de la prueba.



2.6. La naturaleza de las presunciones. Conclusiones.

En los apartados anteriores hemos tratado de identificar la razón de ser de este tipo de presunciones al mismo tiempo que se delimitaba su contenido en relación a otras figuras. También se han aportado una amplia referencia jurisprudencial para localizar la comprensión, que de esta figura se ha hecho, por parte de los tribunales.

Como consecuencia de todo lo expuesto, afirmamos que mientras que las presunciones judiciales responden a una razón de ser de carácter lógico-intelectual, pretendiéndose de ellas, no ser más que un método con el hallar certeza o cuasi-certeza sobre hechos concretos, las presunciones legales encuentran su razón de ser en el plano normativo, pretendiéndose de ellas que respondan a una finalidad y contenido de carácter normativo.

Las presunciones legales encontrarán los mismos límites que cualquier norma del ordenamiento, límites que se justifican en la protección de los bienes jurídicos, así como razones de coherencia sistemática y el respeto a los principios que rigen el ordenamiento. Por su parte, las presunciones judiciales encuentran sus límites en la correcta motivación de su razonamiento presuntivo y su adecuación a las normas que determinan la posibilidad de ser utilizadas

3. LA PROBLEMÁTICA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES.

Habiendo llegado a la comprensión de la naturaleza, contenido y límites de las presunciones legales conviene ahora razonar sobre alguno de los problemas que son susceptibles de generar.

3.1. Honor y dignidad. La frágil relación del ciudadano con las instituciones.

Para comprender el contenido del derecho al honor, estrechamente relacionado con la dignidad de la persona, remite GONZALEZ PEREZ¹⁹ a una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, de 22 de diciembre de 1984.

“[...] Los derechos de la personalidad son relativos a la esfera corporal (como la vida o la integridad física) y a la esfera espiritual, como el derecho al honor. El honor es un concepto esencialmente relativo. Monografías publicadas recientemente en la doctrina española lo consideran en sentido subjetivo como el sentimiento de nuestra propia dignidad, y en sentido objetivo como el reconocimiento de esta dignidad por los demás, y en la doctrina italiana se define acertadamente como “la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona””.

Cuando desde las Universidades, comienzan a tratarse las cuestiones relativas al TFG, siempre prestan especial atención a transmitir el mensaje claro e inequívoco de que bajo ningún concepto se permite la copia o atribución propia de informaciones.

Junto a la idea sobre la necesidad de que este proyecto sea una virtud de trabajo autónomo, se encuentra a su vez, el respeto a las dignidades de los investigadores.

Esperándose de nosotros que demos crédito a su trabajo y que no atribuyamos a sus personas, palabras que en caso alguno han pronunciado.

Y es que pocas cosas generan un sentimiento de injusticia tan profundo, como cuando se nos atribuyen cualidades o acciones de las que somos concedores y que resultan manifiestamente falsas. Más se refuerza ese sentimiento que adquiere una dimensión visceral cuando la atribución apareja consecuencias negativas.

Las presunciones en general, aunque en concreto las presunciones iuris et de iure, pueden suponer un ataque al honor y la dignidad de la persona, en tanto que la presunción atribuye a la persona la realización de determinadas conductas normalmente

¹⁹ GONZALEZ PEREZ, JESÚS.: *“La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constitucional”*, 1985, p. 144. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-1985-10013300148 (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).



reprochables, caracterizando su persona bajo un paraguas, si no delictivo, de moral cuestionable.

No todas las presunciones suponen lo peor de las personas, véase la del tenedor de buena fe, pero no se libra, quién encuentre dudosa fortuna en ser afectado por una presunción de aquellas que nos criminalizan, de sentir cierto sentimiento de abuso y de injusticia.

Si bien los poderes públicos se deben al ciudadano, es complicado encontrar a quién lo estime de tal manera. Son numerosos los motivos que generan separación entre los poderes públicos y el ciudadano, más no interesa analizarlos en este momento.

Tan sólo mencionar, a título personal, que siento que existe un momento capaz de fracturar por completo la confianza que tiene un ciudadano en las instituciones y será cuando de primera mano, le toque el San Benito de experimentar el maltrato por los poderes públicos, cuando se le atribuyan actuaciones, quizás delictivas, y tenga que soportarse en ese momento todos los pormenores de una nueva realidad.

La relación con la administración nunca volverá a ser la misma, con independencia del resultado del proceso.

La relación del estado con la ciudadanía es una construcción más frágil de lo que pensamos y la ruptura de ella supondría una catástrofe para todo aquello que a lo largo de los años se ha logrado.

Vienen tiempos difíciles, de hecho, ya llegan los primeros vientos que nos previenen. Conviene por tanto cuidar esta delicada relación y ser cautos en el uso de este tipo de presunciones, en concreto las *iuris et de iure*, más cuando existen en el ordenamiento multitud de alternativas a la hora de afrontar la regulación de cualquiera que fuera el tema.

El daño que puede suponer una mala presunción en la relación del ciudadano con las instituciones debe ponerse en consideración junto al fin que persigue la norma de presunción. Cazar moscas a cañonazos puede ser efectivo, pero quizás sea preferible la pesadez de unas moscas, que la destrucción que causa la pólvora, o quizás no.

Habrà que ver cada caso en concreto y en aquellos supuestos donde se decidiera optar por uso de las presunciones, adquiere especial importancia la justificación de la

misma frente la sociedad, de cara a que se produzca, un cierto grado de aceptación o al menos que no se produzca un sentimiento generalizado de rechazo.

3.2. Necesidades de control previo. Las consecuencias de tener la razón.

Decía SÉNECA que “Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”.

El argot de los juristas acoge el dicho de “*No hay mejor juicio que aquel que no se celebra*”.

Estas dos frases nos transmiten esa idea de que el acceso a justicia tiene un alto coste, no solo en términos económicos, y que con independencia de que se nos estime aquello que en un juicio se pretenda, invita a reflexionar que en ocasiones una victoria, supone una derrota

El legislador es consciente de ello y suele recurrir a figuras como la mediación o la conciliación.

Esta realidad no es consecuencia, por motivos evidentes, del uso de presunciones legales, más resultan partícipes del problema, cuando su aplicación supone la necesidad de iniciar un proceso.

Ello no resulta en un desvalor de la figura de la presunción legal, en tanto que cualquiera otra norma es susceptible de ser causa de apertura de un proceso. Más la norma de presunción resulta especialmente efectiva a tal fin.

El proceso es una institución necesaria que sirve para garantizar la protección de derechos y libertades, consolidándose así, el estado de derecho establecido en el artículo primero de la CE.

La enorme amplitud de nuestra dimensión normativa, exige del ordenamiento jurídico de una constante producción normativa, que resulta imposible controlar con carácter previo a su entrada en vigor. Se pretende que la norma no sea una creación arbitraria, sino un producto reflexionado, más sabemos que aquellos poderes públicos

que tienen esa capacidad generadora de normas, no siempre se preocupan, lo que deberían, sobre esta cuestión.

Sin embargo, frente las dimensiones bíblicas de la producción normativa en general, las presunciones resultan ser una ínfima cuantía y por su especial e intrínseca cualidad de ser susceptible de ser causa de generación de un proceso, sería de sumo interés establecer un procedimiento de control previo de la norma de presunción.

Por medio de la aplicación de un procedimiento de esta naturaleza, es posible evitar las consecuencias negativas implícitas en la celebración del proceso, en cuanto quizás este no se llegue a producir, beneficiándose tanto el ciudadano, como la administración pública.

Asimismo, se refuerza el principio seguridad jurídica por cuanto, el control previo supone para la sociedad, un mayor grado de certeza en el derecho y en tanto que supone una afectación al principio de seguridad jurídica, aquel daño que se causa sobre la parte que es afectada por la derogación de una normativa que tras su entrada en vigor es declarada contraria a derecho.

Por último, en relación con el apartado previo donde quid de la cuestión se halla en el daño que es susceptible de aplicar una presunción a la relación del ciudadano con las instituciones. Podemos afirmar que la existencia de un mecanismo de control previo sobre las mismas, no solo evita los efectos negativos de aquellas presunciones que debieran de ser declaradas contrarias a derecho, sino que además, aquellas que se estimen, resultarán susceptibles de ser mejor aceptadas por la sociedad, en tanto que la percepción de arbitrariedad de la norma puede verse reducida y la motivación de la norma que se desprenda de las conclusiones del procedimiento de control, en tanto que debe revestir un carácter público, es susceptible de convencer a la sociedad sobre la necesidad de la norma de presunción, y generar una aceptación sobre la misma.

No resulta compleja la labor de justificación jurídica de este procedimiento pues responde a exigencias de derechos constitucionalmente protegidos y principios generales del derecho: La dignidad de la persona, el derecho al honor, la seguridad jurídica, principios de economía procesal, la viabilidad del propio estado de derecho por la parte que supone la existencia de una relación aceptable de los ciudadanos con el estado, la tutela judicial efectiva cuando la presunción establezca un desplazamiento de la prueba de forma injustificada, y un largo etcétera.

3.3. El incierto fenómeno de la presunción implícita.

Comencemos aportando contexto por introducirnos en las corrientes doctrinales que enfrenta la STS 4353/2018 de 20 de diciembre de 2018²⁰, en un supuesto de aplicación del artículo 153.1 de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal²¹. En el caso concreto golpeo o maltrato de obra circunscrita a la violencia de género.

Comprenden ambas partes que la regulación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²² tiene por finalidad actuar sobre un tipo de violencia concreta. Este tipo de violencia se caracteriza por razón de elementos objetivos y no se hace depender de quién sea el sujeto activo o pasivo.

No pretende establecer regulación sobre el tipo de violencia de un sujeto activo frente otro pasivo, sino dar respuesta a un tipo de violencia concreto que se circunscribe dentro de un específico ámbito relacional.

Así en el apartado 2.2, párr. 3º del voto particular se define a este tipo de violencia reproduciéndose la literalidad del artículo 1º de la LOIVG.

“En cuanto a lo que haya de entenderse por violencia de género, en el artículo 1.1 de la Ley se parte de la afirmación según la cual "La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o

²⁰ TS (Sala de lo Penal) de 20 de diciembre de 2018 (rec. núm. 1388/2018). Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1fbc182d6f4ae26c/2019010>

²¹ Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995 (en adelante CP).

²² Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE nº 313, de 29 de diciembre de 2004 (en adelante LOIVG).

hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia””.

La posición mayoritaria del tribunal a su vez comparte esta valoración en el fundamento de derecho tercero, apartado 2.c.2, párrs. 9 y 11.

“Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada”

“Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir [...]”

Apreciamos el motivo principal de la discrepancia entre ambos posicionamientos en la forma con que se relacionan los motivos que fundamentan la LOIVG con tipo penal del artículo 153.1 CP.

Así la posición mayoritaria del tribunal entiende que la norma responde a la protección de la mujer frente una pauta cultural, pero postula que este fundamento es ajeno al elemento subjetivo del tipo delictivo en el fundamento jurídico tercero, apartado 3, párr. 11º.

“En consecuencia, en ningún caso se ha exigido como elemento del tipo del art. 153.1 CP ese elemento subjetivo del injusto [...]”

Esta corriente comprende que la conexión con los denostados cánones de asimetría que pretende la norma se encuentra recogida en el tipo penal y se constatarán por la mera realización del acto.

Así lo establece en sus conclusiones:

“2.- Inexigencia del ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar. Ambos apartados del precepto no incluyen ni exigen entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino el comportamiento objetivo de la agresión. El "factum" solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores



aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal”

También el voto particular comparte el rechazo a configuración de un elemento subjetivo como parte del injusto.

“Aunque no es preciso para justificar el contenido de este voto particular, he de añadir que entiendo que ese elemento de contexto al que he venido haciendo referencia, expresado, en síntesis, como contexto de dominación, no consiste en una determinada voluntad o intención del sujeto activo del delito. No constituye un elemento subjetivo del injusto. No se trata, pues, de acreditar que el varón pretenda o desee dominar, humillar o subordinar a la mujer”.

El voto particular comparte con el posicionamiento mayoritario la fundamentación del tipo penal, en la necesidad de regular las consecuencias derivadas de una pauta cultural, pero en contraposición con esta doctrina, el voto particular exige la necesidad de una actividad probatoria que demuestre una conexión entre la conducta descrita en el tipo delictivo y el fin que la norma pretende regular, negando el automatismo de una presunción sobre casos concretos.

“Entiendo, por el contrario, en coincidencia con lo que se argumentaba en [...] que es un elemento del tipo objetivo, consistente en que la agresión tenga lugar dentro de un marco [...] Son las circunstancias objetivas de la situación las que permitirán afirmar que ese contexto concurre en cada hecho concreto [...] -y precisa que - No es exigible un dolo específico dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer. Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada. Y que, sabiéndolo, decida ejecutar la conducta imputada. El precepto no exige una intención especial [...]”

Tratando en concreto el tema de las presunciones que nos ocupa, apreciamos una clara discrepancia.

Mientras que la doctrina mayoritaria entiende que no existe una presunción de dominación iuris et de iure, el voto particular sí que reconoce de su existencia *“porque no puede presumirse en contra del acusado, solo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuadra en esa pauta cultural[...]*” para posteriormente hacer referencia sobre ambos tipos de presunción legal.



“[...]la prohibición de esa presunción es aplicable tanto si se presume sin aceptar prueba en contrario, como si se trasladara al acusado la necesidad de probar que tal cosa no concurre”.

Existe acuerdo entre ambas partes por cuanto se acogen a la doctrina de la STC 59/2008²³ la cuál considera que el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones. Ambos posicionamientos niegan dicha presunción, pero el voto particular afirma de la existencia de otra, una que presume que por el hecho de ser varón la conducta queda automáticamente circunscrita en ese patrón cultural.

Consideramos acertado esta comprensión del voto particular y suscribimos la necesidad de eliminar la presunción descrita.

Más he ahí el problema que deseamos tratar en este apartado. La LOIVG no establece esta presunción, tampoco el artículo 153.1 CP y no existe precepto legal donde se recoja. Sin embargo, resultan innegables los efectos que se proyectan sobre la prueba.

Y es que el 153.1 no pretende el castigo del hombre sobre una mujer cuando halla o halla habido relación de afectividad o situación análoga, sino regular esta situación cuando trae causa de la pauta cultural ya mencionada. El posicionamiento mayoritario dice que

“No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita”

Aquí empezamos a complicar una cuestión ya de por sí compleja, pues lo que el posicionamiento mayoritario llama constatación razonable, recuerda a una labor intelectual de razonamiento presuntivo, más recordemos que aquellas presunciones, las judiciales, no producen alteraciones en lo que se refiere a la prueba. Sin embargo, hemos visto que en caso concreto se produce la imposibilidad de la misma, al menos en referencia a la relación entre la agresión y la manifestación de una pauta cultural concreta.

Junto a estas consideraciones, tampoco podemos aludir a una causa de fundamento de la norma para buscar explicación de los efectos taxativos y relevantes

²³ STC 59/2008 (Pleno) de 14 de mayo de 2008. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/ca/Resolucion/Show/6291>



que se pretenden. Resultaría contraria a derecho aquella interpretación extensiva que ataque fuertemente garantías procesales, aludiendo a exposiciones de motivos, a lo que el legislador pensó, a como entendía el legislador que la sociedad en el momento que promulgó la ley o como entienden los jueces que era o es la realidad.

La interpretación correcta sería la de comprender que la LOIVG no establece una presunción en la línea que se está analizando, como tampoco la establece el 153.1 CP.

La interpretación extensiva que busca un pronunciamiento de culpabilidad cuando difiere de aquello que es posible inferir de la propia ley, resulta contraria a derecho.

Asimismo, asumiendo que la valoración que hace el legislador de la realidad y que no expresa en la norma puede tener efectos relevantes dentro del proceso, supone un fuerte ataque a la seguridad jurídica.

“En este sentido, por ejemplo, escribe Nino: «[...] el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional²⁴”.

Más quizás el orden de este embrollo puede resultar más sencillo de lo que parece. La doctrina mayoritaria entiende que no existe presunción. Dice que existe una constatación de una realidad que justifica el origen del tipo penal, pero a su vez afirma, que como no forma parte del tipo penal no puede ser discutido.

En definitiva, si adoptamos este posicionamiento, asumimos que esa constatación de la realidad resulta inatacable. No puede ser discutida porque no forma parte del tipo penal, pero tampoco puede ser discutida porque no es una norma y tampoco es una presunción judicial. Sin embargo, afecta a derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva.

²⁴ Fuentes originales: Nino, C. S., Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 450.

Fuente secundaria: AGUILÓ REGLA, J.: “*Las presunciones en el Derecho*”, 2018, p. 224. Disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/86475/1/2018_Josep-Aguilo_AFD.pdf (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).



Que una figura tan difusa como esta llamada constatación de la realidad pueda tener efectos tan relevantes en el proceso, resulta preocupante.

Atribuir al legislador una suerte de análisis taxativo de la conducta social, más cuando se trata de una realidad tan compleja y cambiante como las dinámicas de las relaciones de pareja, es cuanto menos, una temeridad. Políticos capaces de encontrar una verdad única donde la ciencia social se presume incierta, poco más que añadir este respecto.

Concluyendo este apartado, todo lo expuesto adquiere claridad, en tanto comprendemos que en el caso concreto se está haciendo uso de una presunción iuris et de iure que se entiende implícita, bien en el artículo 1º LOIVG o en el propio artículo 153.1 CP.

Teniendo en cuenta lo expuesto sobre los peligros de las presunciones legales en apartados previos, sobran las palabras sobre nuestro parecer respecto de la existencia de este aparente nuevo arquetipo de presunciones implícitas, para más inri, en sede penal.

4. CONCLUSIONES.

Dejando atrás los quebraderos de cabeza que nos habrá suscitado la sentencia previa. Podemos afirmar que sigue existiendo una fuerte incertidumbre en la figura de la presunción y que está se proyecta sobre los más altos tribunales. Ello no tiene que resultar desalentador, sino un reto.

Los peligros que derivan de su mal uso, resultan de tal gravedad que denota en imperativa esta labor de tratamiento pormenorizado de las presunciones.

Es verdad que la aplicación de esta figura, en general, trae más problemas que soluciones, en especial las presunciones iuris et de iure. Sin embargo, también hay que poner en consideración que bien utilizadas pueden ser una entidad que favorezca la protección de bienes jurídicos e incluso refuerce la relación del ciudadano con las instituciones. El desplazamiento de la carga de la prueba, por ejemplo, bien utilizada, supone una mejor aplicación del derecho a través del proceso y que decir de la presunción de inocencia.

Es de considerar que en términos generales, las presunciones debieran de circunscribirse a una voluntad de protección de aquella parte que se encuentra en una posición relevantemente desfavorable dentro de una relación jurídica concreta. Mas ello no supone una voluntad punitiva sobre la otra parte, ni tampoco supone la posibilidad de presumir la condición de parte como desfavorable sin posibilidad de oposición.

Asimismo, hemos tomado conciencia de la importancia de las relaciones que el ciudadano establece con las instituciones, a la par que la fragilidad de la misma.

Conviene recomendar el impulso de mecanismos de control, que, con carácter previo a la publicación de la ley, examinen de su adecuación a derecho. Se trata de establecer un filtro sobre aquellas presunciones, en este caso legales, que resulten desproporcionadas, o que se sustenten en juicios cuasi-dogmáticos que realiza el legislador, entre otras. Ello supondría un beneficio sobre la protección de las relaciones, público-privadas, así como sobre bienes jurídicos. También supondría interesantes beneficios en términos de ahorro económico y de eficiencia con el uso de los recursos de la administración.

Por último, la conceptualización normativa de las presunciones legales, redundaría en una mayor capacidad de oposición de la ciudadanía frente a aquellos abusos que se pretendan por parte de los poderes públicos, en concreto del legislativo y del ejecutivo, pues existe poco margen de maniobra frente a la discusión de un razonamiento y por contraparte un amplísimo abanico de posibilidades contra la norma.

Las presunciones quizás puedan dañar o quizás puedan proteger, pero lo que es seguro es que siempre van a existir. Decía Aristóteles que *“el hombre es un animal político”*, más lo político es apariencia y la apariencia una ficción que se presume.



5. BIBLIOGRAFÍA

Fuente original: Nino, C. S., Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 450.

Fuente secundaria: AGUILÓ REGLA, J.: “*Las presunciones en el Derecho*”, 2018, p. 224. Disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/86475/1/2018_Josep-Aguilo_AFD.pdf (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

AZNAR DOMINGO, A., DÍAZ ALEJANO B., ALEXANDER PAZ GARCÍA, R.: “*La prueba en el procedimiento civil*”, 2022. Disponible en <https://elderecho.com/prueba-procedimiento-civil#667d40ec3033d> (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

GONZALEZ PEREZ, JESÚS.: “*La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constitucional*”, 1985, p. 144. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-1985-10013300148 (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

GRACIA DIEGO.: “Tomar decisiones morales: Del casuismo a la liberación”, *Dilemata*, nº 20, 2016. Disponible en <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/420> (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

MONTERO AROCA, J.: *Derecho jurisdiccional II: Proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 298

Fuente original: SERRA DOMINGUEZ, M. «De las Presunciones...». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo xVi, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil, ob. cit., 617.

Fuente secundaria: RIVERA MORALES, R.: “*Ajuste renovador de la concepción de*



Serra Domínguez sobre el indicio y la presunción”, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 6(2), 2018, p. 196. Disponible en <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/20342/20658> (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

Fuente original: ROSENBERG, L.: La carga de la prueba, p. 233.

Fuente secundaria: ZUCCARINI, JUAN P.: “Concepción normativa de las presunciones”, 2022. Disponible en https://www.academia.edu/84227430/Concepci%C3%B3n_normativa_de_las_presunciones (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

Fuentes originales: Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, tr. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, p. 471. Y Cfr. Sacco, Rodolfo, Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova, p. 399 y siguientes.

Fuente secundaria: ZUCCARINI, JUAN P.: “*Concepción normativa de las presunciones*”, 2022, p. 4. Disponible en https://www.academia.edu/84227430/Concepci%C3%B3n_normativa_de_las_presunciones (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).

ZUCCARINI, JUAN P.: “*Concepción normativa de las presunciones*”, 2022, p. 4.

Disponible en https://www.academia.edu/84227430/Concepci%C3%B3n_normativa_de_las_presunciones (fecha de última consulta: 8 de julio de 2024).