

ASPECTOS PSICOLÓGICOS DE LA REFLEXIÓN JUDICIAL
PSYCHOLOGICAL ASPECTS OF JUDICIAL REFLECTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 342-375



Agustín LUNA
SERRANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Se examinan algunos aspectos relacionados con la reflexión psicológica llevada a cabo por el juez para llegar a la conclusión que se plasma en su sentencia.

PALABRAS CLAVE: Aspectos psicológicos; actividad judicial.

ABSTRACT: *Some aspects related to the psychological reflection carried out by the judge in order to reach the conclusion reflected in the sentence are examined.*

KEY WORDS: *Psychological aspects; judicial activity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PRECOMPRESIÓN.- III. LAS CONJETURAS.- IV. LA PRESUPOSICIÓN.- V. LAS PRESUNCIONES.- VI. LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA.- VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

En la actividad intelectual del juez o del árbitro llamado a dirimir un conflicto de intereses se desenvuelve normalmente en su mente un itinerario discursivo orientado por el sentido común, que es expresión de la razón¹, y conducido por la lógica, en cuanto que ambas son guías diferentes, aunque no excluyentes ni alternativas, de cuya conjugación convergente se espera la plausibilidad de la decisión. No puede dejar de tenerse en cuenta, por lo demás, que, según es propio del actual estadio de la concepción del derecho –cuya propia ciencia no se aprecia como teórica sino como práctica–, se tiende claramente a privilegiar la lógica deóntica, en la que no se rechaza el recurso a reglas de oportunidad, sobre la lógica formal².

En el apenas indicado devenir de la conformación de la decisión judicial sostenida por la lógica y el sentido común es claro que juegan un cometido importantísimo, además del que corresponde a la razón, aspectos psicológicos propios de la particular personalidad –de la psique– del juzgador, como son su bagaje cultural, su educación, su clase social, su ideología o su actitud y sensibilidad ante las tensiones que se producen en la vida social, así como, igualmente, su perspicacia –entre otros alcances, para apreciar indicios significativos³– e incluso su imaginación. La consideración de esta no indiferente realidad, que se superpone a su preparación técnica de jurista, alcanza particular significación si se piensa

- 1 El contenido de este pequeño estudio fue expuesto como comunicación a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, de la que el autor es académico de número, en su sesión del día 30 de septiembre de 2021.
Cfr. Art. 282.2 LEC.
- 2 Hay que considerar, efectivamente, como autorizadamente se ha dicho –así DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Edersa, Madrid, 1977, p. 10– que el discurso jurídico no puede constituirse ya sobre una “ciencia especulativa o teórica” sino sobre una ciencia con “función práctica”, “que se manifiesta en un saber problemático o aporético, que no se obtiene únicamente por sucesivas operaciones lógicas, derivadas de la norma legal o del sistema normativo, sino en un conjunto de valoraciones en relación con la justicia concreta, en las que lo racional o lo legal no son más que uno de tantos componentes”.
- 3 La indicación de indicios es abundante en la obra, construida fundamentalmente en base a sentencias de apelación, de MUÑOZ SABATÉ, L.: *Suma de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, La Ley, 2ª ed., Las Rozas, 2011, *passim*, que se refiere, entre otros muchos, a los indicios *ad iuvantibus*, *affetio*, *ambulatio*, *cognitio*, *cura*, *comparatio*, *character*, *deliveratio*, *fama*, *fortuna*, *habitus*, *locus*, *mutatio*, *opportunitas*, *personalitas*, *possessio*, *possessio instrumenti*, *previssio*, *professionalitas*, *proffero*, *reparatio*, *responsio*, *retentio*, *possessio*, *silentium*, *similitudo*, *tempus* y *ubicatio rei*. El ahora citado profesor y abogado barcelonés es autor de un conocido *Tratado de probática judicial* (5 vols.), J. M. Bosch, Barcelona, 1992-1996.

• Agustín Luna Serrano
Catedrático de Derecho Civil y Abogado.

en la posibilidad o incluso en la probabilidad de que, en no pocas ocasiones, la decisión del juzgador se conforma a través de impresiones y de puntos de vista que mentalmente confluyen en la concreción de una solución que luego formalmente se plasma *a posteriori*, de manera más o menos articulada y con la oportuna ayuda de la argumentación jurídica, en la debida motivación del fallo acogido en la sentencia.

Aunque acaso exagerada en su realismo radical, no deja de entrañar más de un punto de verdad la consideración de que en la sentencia judicial trasciende más decisivamente el “criterio personal del operador” que “la voluntad del legislador”⁴, ni puede pensarse que es del todo desencaminada la idea, que no es una novedad de nuestros días, de que la argumentación judicial, más que proceder al establecimiento de unas premisas para llegar a una deducción –según la conocida regla denominada del *modus ponendo ponens*⁵–, se desenvuelve formalizando una conclusión para la que se buscan luego unas premisas de justificación⁶. Hay que tener en cuenta que la cadena evolutiva del discurso no es en el pensamiento humano sistemática y que a menudo suele tener el primer lugar en ella la impresión intuitiva y luego, aunque no siempre la misma se requiera, la reflexiva explicación de la derivación confirmatoria del inicial barrunto mediante la traída a colación de unos antecedentes justificativos⁷. Algo así ocurre también con frecuencia

4 Cfr. NIETO, A., en NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T. R.: *El Derecho y el revés* (diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces), Ariel, Barcelona, 1998, p. 15. Actitud de los jueces que puede verse fomentada por los agobios y urgencias de su trabajo: *vid. al respecto*, del propio NIETO, A.: *Balada de la justicia y de la ley*, Trotta, Madrid, 2002, p. 249.

5 Según la cual, averiguado el antecedente (*ponendo*), se propone (*ponens*) el consecuente: una referencia a ella puede encontrarse en ATIENZA, M.: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006 (2ª reimpression 2010), p. 151.

6 Cfr., resueltamente, CALOGERO, G.: *La logica del giudice e suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1964 (1ª ed. 1934), pp. 61 y 64, en cita de GENTILI, A.: *Senso e consenso (Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti)*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2015, p. 100. Según, en efecto, el indicado autor, “il giudice procede in realtà all'inversa: dalla conclusione alla ricerca delle premesse in cui sussumerla, affinché la giustificino”. Puede también existir el magistrado misericordioso, que no duda en favorecer a la parte presuntamente desvalida sin que sea segura en derecho la razón de la atribución del beneficio a cargo de la otra parte. He tenido ocasión de conocer una sentencia en la que consta fehacientemente que una mujer, empleada por su conviviente, decidió terminar dicha relación laboral y la convivencia *more uxorio* con su patrón, porque no quería seguir soportando las intemperancias de su conviviente. Pasado cierto tiempo, los interesados volvieron a establecer una relación de carácter laboral, lo que da lugar a presumir que volvieron a establecer una situación de convivencia. Sin embargo tal relación laboral y la supuesta relación y la supuesta relación de convivencia no habría llegado a durar ni siquiera un año, por lo que no habría dado lugar a la subsistencia legal de la figura de la unión estable de pareja. Todo ello no obstante, se tiende en la sentencia, ante la frecuente realidad de ser sumamente difícil establecer el momento de la finalización o extinción de las relaciones *more uxorio*, a enlazar una convivencia, terminada por decisión de la mujer, con la otra, que se considera ligada a una relación laboral, y a dar lugar a una indemnización periódica por cierto tiempo a la mujer.

Es muy posible que estas ideas cobren impulso a la luz de los vigorosos planteamientos de rechazo radical de la técnica de la subsunción, de la ya asumida aceptación de la conversión de la jurisprudencia de declarativa en creativa, de la idea de que el ordenamiento debe proponerse más sobre principios que sobre normas, de que debe preponderar un derecho dúctil y de que todo o casi todo se cura con el ungüento de la razonabilidad. Pero no es posible ahondar aquí en estas trascendentales cuestiones.

7 Frente a las apreciaciones reflejadas en el texto observa, sin embargo, HERNÁNDEZ GIL, A.: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Sucesores de Ribadeneyra, Madrid, 1975, pp. 84-85, que (la opinión tan difundida, sobre todo a propósito de la sentencia, de que se accede al fallo por simple impresión (llamémosla buen sentido, hábito de juzgar, intuición, etc.), y *a posteriori* se busca el revestimiento jurídico o lógico-jurídico

respecto de la decisión judicial, en la que la solución intuitivamente alcanzada, según lo que podría describirse como su composición de lugar, es objeto luego, en una suerte de invertida *ars inveniendi*, de una averiguada derivación justificativa en la motivación, en veste formalizada de una *ars iudicandi* que conduce de las premisas a la conclusión, en razón de la explicación que debe contener, si bien no necesariamente de manera exhaustiva, la sentencia que se dicta⁸.

Sea como fuere, estas elementales consideraciones—que no necesariamente se inscriben en la perspectiva de la vieja admonición de que *sensus non est inferendus sed efferendus* y que sin duda reflejan la influencia de aspectos más propios de una concepción pragmática y no formal de la reflexión—comportan que, en relación a la actividad jurisdiccional, alcancen carta de naturaleza aspectos de carácter psicológico y por ello frecuentemente aunque no siempre necesariamente ligados a la argumentación de naturaleza tópica⁹, como son la precomprensión, las conjeturas, la presuposición, las denominadas *praesumptiones hominis* o judiciales o las máximas de experiencia¹⁰, que, al margen o en el límite de la ley pero no necesariamente contra ella, afectan o tienen una apreciable trascendencia en la consideración y en la decisión del árbitro de derecho o del juez y pueden tener una influencia posiblemente determinante en el caso de la actividad decisoria del árbitro de equidad.

(con lo que éste no conduce al fallo, sino que viene predeterminado por él), a pesar de presentarse como eminentemente empírica y práctica no me parece del todo real ni completamente generalizable. El hecho de que pueda procederse al establecimiento de una proposición en forma de conclusión que no sea el producto de una inferencia no quiere decir que el tratamiento subsiguiente sea un simple artificio o una apariencia de lógica”.

- 8 No está lejos de estos planteamientos la consideración de que, en el discurso judicial, priman en el contexto dispositivo o de *decisión* los aspectos de carácter pragmático, mientras que en el contexto de *justificación* o de motivación priman los aspectos o elementos de carácter lógico: cfr. SCARPELLI, U.: “Sull’analisi delle argomentazioni giudiziarie”, *Quaderni del Foro Italiano*, 1970, col. 76 ss. Con cuanto en el texto señalado concuerda la opinión de ser habitual, en no pocos teóricos de la argumentación jurídica, “la puntualización de que sus análisis no se ubican en el contexto del descubrimiento, sino en el de la justificación”: así, GARCÍA AMADO, J. A.: “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 45, 2000, pp. 103-129, esp. p. 117.
- 9 Sobre la cual puede verse la monografía de VIEHWEG, T. (1907-1988): *Topik und Jurisprudenz*, Beck’sche Verlagbuchhandlung, Munich, 1953, de la que hay traducción de L. Díez-Picazo Ponce de León, con prólogo de E. García de Enterría, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964. Sobre la tónica, como disciplina que sugiere puntos de referencia de carácter orientativo y enseña a encontrar argumentos, puede verse también del propio VIEHWEG, T.: *Tópica y filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1987. A propósito de la tónica y su conexión con el discurso jurídico, véase la contribución de GARCÍA AMADO, J. A.: *Teorías de la tónica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
No cabe duda, sin embargo, de que muchas de las apoyaturas con las que se ayuda el juez en la formación de su decisión constituyen *loci* comunes de valor relativo, señalados por la experiencia pero de identidad suficiente para aplicarlos a la solución jurídica que se propone.
- 10 Conceptos que no son siempre fáciles de deslindar y son fáciles de confundir, como a veces es de ver en la doctrina de los clásicos. Así, por ejemplo, DEL CASTILLO DE SOTOMAYOR, J.: *De coniecturis*, 1726, IV, 59, núms. 11 ss., pp. 604 ss., coloca en el ámbito de las conjeturas a la presuposición que se encierra en la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.
Uno de nuestros más conocidos civilistas equipara a los denominados conceptos válvulas o a los llamados *standards* las máximas de experiencia: cfr. CASTÁN TOBENAS, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1947 (reimp. de 2005, con prólogo de J. J. Pintó Ruiz), p. 171. Por su parte, GENTILI, A.: *Senso e consenso*, cit., p. 21, parece acercar las máximas de experiencia a los índices que dan lugar a las conjeturas cuando aprecia que las máximas indican que es lo que probablemente las partes contratantes han querido.

Por otra parte, la exigencia de la ponderación de la equidad en la aplicación de las normas, a que está obligado el juzgador¹¹, se coloca, por definición, al margen de la ley y se articula necesariamente, más que en la lógica pura, a través de la razón propia del sentido común, mediante la cual, por lo demás, solamente pueden alcanzar precisión los parámetros, criterios o tests de ponderación de la proporcionalidad¹² y sobre todo –en cuanto que “tende ormai a diventare, in maniera sempre più diffusa, un indice individuante della giuridicità”¹³– de la razonabilidad, tan aprovechados, en particular este último, por la doctrina y por la jurisprudencia¹⁴. Lo mismo cabría decir en cuanto a la precisión, sólo alcanzable en función de la razón fruto del sentido común, de los numerosísimos conceptos jurídicos indeterminados contenidos en las leyes y también, al menos en muchas de las veces, de las denominadas cláusulas generales, en particular las que se refieren a la buena fe y a las buenas costumbres, así como en relación a los modelos de apreciación referencial que, como los de buen padre de familia, ordenado comerciante, persona de buenos antecedentes y buen labrador, se encuentran en nuestras leyes¹⁵.

Los aspectos que, en base a estas sencillas primeras indicaciones, son objeto de atención en estas pocas páginas –ordenadas a resaltar los aspectos psicológicos que en la actividad del juzgador se hacen presentes de manera constante–, tienen como referente compartido la experiencia del hombre común, que, en la mente del intérprete, abogado o juzgador, opera en el doble sentido funcional –a la par estático y dinámico– de depósito de vivencias en una suerte de *ars inveniendi* o

11 Cfr. Art. 3.2, proposición primera, CC.

12 Sobre cuyo parámetro es de recordar, entre otras contribuciones, las debidas a BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2003, y GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2015. En el ámbito de la contratación privada es de resaltar el estudio de PERLINGIERI, P.: “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, *Rassegna di Diritto civile*, 2001, pp. 334 ss., luego incorporado en el volumen que recoge diversas contribuciones del propio PERLINGIERI, P.: *Il Diritto dei contratti fra persona e mercato. Profili di Diritto civile*, Esi, Napoli, 2003, pp. 441 ss.

13 Así, recientísimamente, LIPARI, N.: s. v., “Contratto e principio di ragionevolezza”, en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto. I tematici*, I-2021. *Contratto* (dir. G. D’AMICO), Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 356-384, esp. pp. 356, en la cual, en n. 3, se indica que ha llegado a ser la razonabilidad un “principio arquitectónico del sistema”, haciéndose al respecto mención de la contribución de D’ANDREA, L.: *Il principio di ragionevolezza come criterio architettonico del sistema*, en AA.VV.: *La ragionevolezza nel Diritto* (al cuidado de M. LA TORRE y A. SPADARO), Giappichelli, Torino, 2002, pp. 231 ss. En la señalada brillante exposición, que constituye un convencido alegato de la centralidad del papel que juega la razonabilidad en el Derecho, afirma N. Lipari de verse considerar la razonabilidad como “criterio che governa e indirizza ogni procedimento applicativo del Diritto” y como “principio che innerva l’intero ordinamento” (p. 373, n. III), por lo que debe reconocerse “al principio di ragionevolezza un ruolo centrale e decisivo nel processo applicativo” (p. 377) del Derecho.

14 La abundancia de posibles citas jurisprudenciales referidas a la razonabilidad mediante indicación, sobre todo, de sentencias del Tribunal Constitucional, pero también del Tribunal Supremo, dispensa de su precisa indicación. Entre la profusa literatura existente sobre la materia, se señala la monografía de PERLINGIERI, G.: *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho civil* (trad. del original italiano y prólogo de A. Luna Serrano), Dykinson, Madrid, 2016.

15 En relación a las cláusulas generales, a los conceptos jurídicos indeterminados, a los modelos de apreciación referencial y a los parámetros, criterios o tests de ponderación puede verse LUNA SERRANO, A.: *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 127-151, 151-160, 172-174 y 174-182, respectivamente [de cuya obra hay una 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2021].

de establecimiento o descubrimiento de premisas y de sustrato generador de la reelaboración de datos abierto a la *ars iudicandi* que conduce a la conclusión por parte del sujeto pensante en relación a supuestos de la realidad que le circunda¹⁶. Es decir, según se ha precisado con acierto, como “movimiento circular y de continuo e incesante reenvío entre subjetiva capacidad de reflexión y materialidad objetiva sobre la que reflexionar”¹⁷.

Hay que reconocer, en todo caso, que las cuestiones aquí examinadas, aunque bastante atendidas doctrinalmente en otros tiempos y en otras latitudes, suscitan menos, ahora y aquí, la curiosidad de los estudiosos, no sólo porque su tratamiento versaría, a pesar de su indudable interés, de *apicibus iuris civilis*, sino también porque dicho tratamiento no se referiría tanto al discurso guiado por la lógica de la razón cuanto a la deducción que genera la no tan apreciada experiencia común. No hay que olvidar al respecto, como se estableció sabiamente, que “una cosa aprecia la razón y otra la experiencia. La razón juzga a la luz de la verdad, de modo que el recto juicio subordina las cosas menores a las mayores; la experiencia, en cambio, se inclina de ordinario por consideraciones dictadas por la conveniencia, porque aprecia las cosas que la verdad considera menores”¹⁸. En el fondo de la cuestión, como es fácil de entender, campea la tensión entre la llamada lógica formal y la denominada lógica deóntica.

Las breves indicaciones que siguen, aunque apegadas a la más estricta cotidianeidad de la vida jurídica, sugieren que en su actividad el jurista se revela como artista de la razón¹⁹, sin que, por lo demás, podamos olvidar, como nos pone de relieve un conocido dramaturgo francés que “le droit est la plus puissante des

16 La referencia a la centralidad que alcanza en el derecho la experiencia del hombre común es la base de la filosofía jurídica de CAPOGRASSI, G. (1889-1956), figura de jurista de gran sencillez, de profesor y rector de universidad, de abogado, de personaje de indudable influencia política sin ejercer de político y componente de la Corte Constitucional de su país, cuyas obras más representativas son *Saggio sullo Stato* (1921), *Analisi dell'esperienza comune* (1930), *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), *Introduzione alla vita etica* (1935) e *Il problema de la scienza del diritto* (1939). Bajo el título de *La vita etica* estos escritos de CAPOGRASSI –la totalidad de su producción científica, bajo el título genérico de *Opere* se reúnen en los vols. I-VI (1959) y VII (1990), Milano, Giuffrè– se recogen, al cuidado de F. Mercadante, en edición de Editorial Bompiani, de Milán, de 2008. Entre nosotros, la editorial Encuentro ha publicado sus obras *El individuo sin individualidad* (2015), *La vida ética* (2017) y *La experiencia común* (trad. de A. Llano Torres) (2020).

17 Cfr. LIPARI, N.: “Il diritto come crocevia fra le culture”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, pp. 1 ss. y ahora en *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 239-311, esp. p. 301, movimiento, dice, “che è compreso nella profondità espressiva della parola «esperienza»” y del que se precisa que “pone l'impossibilità di misurare la distanza tra soggetto e oggetto, come entità individuate, localizzate ciascuna nella statica di un punto”.

18 Traducción libre del autor del pasaje del gran AURELIUS AUGUSTINUS en su *De libero arbitrio*, Liber tertius, IV, 17, a tenor del cual “*Aliter enim aestimat ratio aliter usus. Ratio aestimat luce veritatis, ut recto iudicio subdat minori maioribus; usus autem consuetudine comoditatis plerumque inclinatur, ut ea aestimet quae veritas minora esse convincit*”.

19 Cfr., sobre la cuestión la sugerente monografía de LEGENDRE, P.: *Il giurista artista della ragione* (al cuidado de L. AVITABILE con introducción de J. B. Ferri), Giappichelli, Torino, 2001.

écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité"²⁰.

II. LA PRECOMPRESIÓN.

De la interpretación, que es actividad intelectual fundamental del jurista, se ha dicho con razón que es labor que "partiendo de determinados signos capta y atribuye significados".

No es pensable, sin embargo, que la atribución de significado a los signos – emitidos, por lo que aquí nos interesa, por las normas o por los hechos– opere al margen de la precomprensión del sentido primígeno con que alcanza significado y valor el signo mismo en la mente del intérprete, en cuanto que "no se puede comprender sin precomprender". Es decir, lo que es lo mismo, sin la apoyatura en un trasfondo espiritual, psicológico o mental²¹ que consiente y modela, a la vez que condiciona, la formulación de una hipótesis de partida o primitiva representación anticipada del resultado de la reflexión propia del comprender a que aboca el proceso mental del juez o del jurista en general, puesto que dicha reflexión psicológica e intelectualmente "concierna contemporáneamente a las diferentes normas potencialmente aplicables, a los hechos a regular y a la norma o las normas a escoger"²² y a aplicar al supuesto objeto de enjuiciamiento. De aquí que se hable, entre los juristas, de la "función heurística de la precomprensión"²³ o, entre los teóricos de la interpretación, de ser la precomprensión "primera entre todas las condiciones hermenéuticas", por conformarse en ella anticipaciones de sentido y proyectos de solución²⁴. Entre precomprensión y comprensión se da una relación semejante a la que media entre lo que los filósofos llaman conocimiento *a priori*, no empírico ni experimentado, y conocimiento *a posteriori*, circunscrito, a partir del primero, a la observación relativa de cosas, de situaciones y, en nuestro caso, de conflictividades sociales reducibles a soluciones normalizadas.

20 Cfr. GIRAUDOUX, J.: "La guerre de Troie n'aura pas lieu", acto II, escena 5ª, en *Le théâtre complet*, vol. 6, Ides et calendes, Neuchâtel-Paris, 1946, p. 81.

21 Como "relación vital con la misma cosa de que habla el texto" se ha descrito a veces a la precomprensión: cfr. BULTMANN, R.: "Das Problem der Hermeneutik", *Glauben und Verstehen*, II, Mohr, Tübingen, 1952, pp. 217, 219 s. y 227.

22 Acojo aquí algunas sugerencias y tomo prestadas algunas expresiones de ZACCARIA, G., en VIOLA, F. y ZACCARIA, G.: *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 218. Señala este autor que el razonamiento jurídico parte con una "operación mental de tipo extralógico o prelógico, con una valoración que reposa sobre un pre-comprender" (p. 227).

23 Cfr., al respecto, la contribución de MENGONI, L.: "Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica generale", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII, 1978, pp. 128 ss., reproducida en *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 1-23, esp. pp. 18-23. Como precisa este prestigioso autor (p. 7), la precomprensión viene a ser "un dato non sopprimibile nel quale si rileva la struttura anticipatoria della comprensione".

24 Cfr. GADAMER, H. G.: *Wahrheit und Methode*, 6ª ed., Tübingen, 1970, p. 299 (trad. it. con el título de *Verità e metodo* por G. Vattimo), Bompiani, Milano, 1972, p. 374).

De este modo, la insuprimible precomprensión –*Vorverständnis* para los alemanes–, que se configura como el punto de partida²⁵ hacia la comprensión en la sucesión de fases –el conocido como círculo hermenéutico entre interpretante e *interpretandum*²⁶– en que mentalmente se articula la interpretación, vendría naturalmente a estar influenciada y a ser en buena parte condicionada por el sustrato, esto es, por la psique que condiciona la personalidad²⁷, y por los diversos estratos mediante los que se modela la educación del intérprete –en nuestro caso del abogado y, sobre todo, del juez–, como son su pertenencia a un determinado grupo o clase social, su particular adscripción ideológica –a través, por ejemplo, de las diferentes asociaciones judiciales–, sus inclinaciones respecto de las distintas doctrinas jurídicas –por ejemplo, ser propenso o adversario a la apreciación del daño moral²⁸– o, incluso, su preferencia ideológica²⁹ –por ejemplo, en cuanto al uso neutral o de clase del derecho³⁰–, su inclinación más o menos conservadora o progresista en cuanto al entendimiento de la actividad declarativa o creativa de la jurisprudencia³¹, su apreciación acerca de la oportunidad de sustituir la consideración del derecho como ciencia teórica por la valoración del mismo como ciencia práctica o la conciencia y el sentido que él mismo confiere a la

-
- 25 La precomprensión configura, en efecto, un ente contingente del que partir y al que sobrepasar para llegar al ser mediante la comprensión: cfr. al respecto GENTILI, A.: *Senso e consenso*, cit., p. 72.
- 26 Vid. HOY, D. C.: *Il circolo ermeneutico. Letteratura, storia e ermeneutica filosofica* (trad. it. de F. D'Agostini), Il Mulino, Bologna, 1990.
- 27 Sobre la posible influencia en la decisión judicial de los planteamientos personales puede verse la contribución del profesor de Rotterdam VAN DUNNÉ, J. M.: "El papel de los valores personales en el razonamiento jurídico", en AA.VV.: *Racionalidad e irracionalidad en la política y el Derecho* (Actas del simposio de Filosofía del Derecho, Universidad de Deusto, abril 1987), Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, pp. 25-35, donde se hace referencia al trinomio de Persona-Res-Societas y donde se tienen en consideración conceptos como valores personales, valores de situación, intuición o corazonada. Se trata en el fondo de la peliaguda cuestión de si la personalidad "está ya constituida «a nativitate» y definida «ab ovo»; o si, por el contrario, esa personalidad es la síntesis interna de la, como si dijéramos, externa existencia suya": vid. en relación a esta alternativa la contribución de mi admirado y siempre recordado profesor zaragozano RAMIRO RICO, N. (†1977): "El porvenir de los derechos individuales", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1949, y reproducida en su libro póstumo *El animal ladino y otros estudios políticos* (con prólogo de F. Murillo y L. Díez del Corral), Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 135-159, esp. p. 151, por referencia a la que "se llama frecuentemente la plasticidad del alma humana o, simplemente, plasticidad humana".
- 28 Uno de los primeros estudios sobre el daño moral se debe a ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 81 ss. Entre nosotros se ha mostrado contrario a la indemnización del daño moral DIEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008; y en el Derecho italiano DONATI, A.: *Danno non patrimoniale e solidarietà. I limiti della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei supremi Collegi*, Cedam, Padova, 2004.
- 29 Véase, con carácter general, la monografía de PRIETO SANCHIS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
- 30 Se alude aquí a la tendencia del llamado "uso alternativo del derecho", en decadencia, pero sin fenecer del todo, a raíz de la caída del muro de Berlín. Sobre tal tendencia puede verse AA.VV.: *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, y vol. II, *Ortodoxia giuridica e pratica politica* (al cuidado de P. BARCELLONA), Bari, Laterza, 1973. Sobre la cuestión puede verse recientemente LIPARI, N.: "L'uso alternativo del diritto oggi", *Giustizia civile*, 2018, pp. 75 ss., trabajo recogido luego en LIPARI, N.: *Diritto civile e ragione*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2019, pp. 149-176, quien considera que tal corriente de opinión se encuentra hoy, en Italia, del todo superada.
- 31 Puede verse a este propósito, VIOLA, F.: "Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana", en VIOLA, F., VILLA, V. y URSO, M.: *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, Palermo, 1974, pp. 165-224.

propia función³². En razón de sus variados componentes³³, algunos de los cuales superan claramente el ámbito de lo gnoseológico –según es a veces observable en los llamados votos particulares, en especial de magistrados del Tribunal Constitucional³⁴–, la precomprensión supone también un básico criterio de justificación, por lo que en realidad se configura, a la vez, como condición del conocimiento de los hechos y como condicionamiento de la evaluación de su significado.

La precomprensión tiene desde luego una no negligible influencia en las decisiones judiciales –por ejemplo, a propósito de su consideración como elemento de interpretación de normas y de valoración de hechos³⁵–, en cuanto que el autor de las mismas no puede desprenderse de su propia personalidad, por lo que ha merecido la atención de destacados juristas³⁶, pero es evidente que la misma no puede ser tan determinante que degenera en un *arbitrium iudicis*, pues, si es seguramente insuprimible que en el ánimo reflexivo del juzgador influya en todo caso –con una intensidad que no puede desconocerse ni medirse– lo

32 Conciencia y sentido de la propia función judicial caracterizada en función de la tradición cultural en que se inserte la apreciación de la indicada función. Véase al respecto la contribución de SCHIAVELLO, A.: “Positivismo inclusivo, oggettività ed interpretazione del diritto”, en AA.VV.: *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (al cuidado de L. TRIOLO), Giapichelli, Torino, 2001, pp. 165-196, esp. p. 186. [El volumen recoge las actas del VI Coloquio Internacional Italo-Español de Teoría del Derecho (Trapani, 22-23 de septiembre de 2000)].

En relación a la personalidad del juez, expresa SEGURA VEGA, M.: *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, p. 45, que la misma “incluye ideología, creencias, prejuicios”, de modo que ello “incide necesariamente en sus propias percepciones y condicionan en algún sentido su actividad”. “Por esta razón –dice–, la visión que cada sujeto tiene de la realidad de los hechos puede ser potencialmente diferente y es relativamente frecuente que así suceda en la práctica judicial”.

33 Por su parte, WRÓBLEWSKY, J.: “L’interprétation en Droit: théorie et idéologie”, *Archives de philosophie du Droit*, núm. 17, 1972, p. 66, se refiere a estar constituida la precomprensión por la educación personal del intérprete, por su cultura ética, económica y política, por su participación más o menos intensa en las tradiciones de la sociedad en el que actúa, por el modo en que percibe y se refleja en él la situación histórica en que vive o por su capacidad de valoración de circunstancias y acaeceres.

34 Las discrepancias de solución que suponen los votos particulares, así como las diferentes soluciones que pueden dar los tribunales en las distintas instancias, abocan a la idea de que sobre un mismo caso no hay una sola respuesta judicial correcta: véase sobre esta cuestión la contribución de OTERO PARGA, M.: “La cuestión de la única respuesta judicial correcta”, en AA.VV.: *La argumentación jurídica. problemas de concepto, método y aplicación* (al cuidado de F. PUY MUÑOZ y J. G. PORTELA), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, pp. 296-325, quien niega resueltamente la posibilidad de la única respuesta, a la cual ni siquiera considera deseable.

35 Puede verse al respecto la contribución de PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Colex, Madrid, 2005.

36 A esta categoría psicológica previa y condicionante de la comprensión tiene dedicada una significativa obra ESSER, J. (1910-1999): *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., 1970, de la que hay versión italiana ESSER, J.: *Precomprensione e scelta di metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (trad. de S. Patti y G. Zaccaria, con introducción de P. Rescigno), Esi, Napoli, 1983. Sobre los planteamientos contenidos en esta destacada obra pueden verse los estudios de ZACCARIA, G.: *Ermeneutica e giurisprudenza sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984, esp. pp. 145-176; Id.: “Precomprensione e controlli di razionalità nella prassi del giudice”, *Rivista de diritto civile*, núm. 30, fasc. 3, 1984, pp. 313-321; Id.: *L’arte d’interpretare. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, pp. 18 ss.; Id.: “Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser: un confronto con Ronald Dworkin”, *Ragion pratica*, VI, núm. 11, 1998, pp. 137-156. Sobre la precomprensión puede verse también la contribución de DE RUGGIERO, L.: “Sul concetto di precomprensione”, *Politica del diritto*, núm. 14, fasc. 4, 1984, pp. 577-598, así como la debida a CANALE, D.: “La precomprensione dell’interprete è arbitraria?”, *Ars interpretandi*, 2006, pp. 331 ss.

que puede considerarse como el *background* o fondo de conocimientos y de condicionantes que dan lugar a su precomprensión, debe exigirse al mismo tiempo que su juicio, en el que no es inoportuno que se tengan en cuenta valoraciones suplementarias de las estrictamente jurídicas y formales, se contenga en los límites de una cierta lógica y del sentido común. Como, en particular, se ha expresado autorizadamente, “la apreciación judicial de las concepciones ético-sociales debe ser coherente con el criterio jurídico representativo de lo que en la sociedad se siente como ideal”, aunque no pueda en cierto grado desligarse el juzgador de la realidad de que tal apreciación “está condicionada por la precomprensión que, en razón de su educación, de su bagaje intelectual y de su adscripción ideológica, tenga el juez perteneciente a un cierto contexto económico-social”³⁷.

Puede concluirse, en efecto, con un distinguido civilista que formó parte de la Corte Constitucional de su país, que “el intérprete no debe dejarse guiar por la precomprensión, sino que debe tematizarla en estrecha adherencia a los hechos y en consecuencia con el texto, y por esta vía «ponerse fuera del prejuicio»”³⁸.

III. LAS CONJETURAS.

Como recuerda una destacable sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de la que fue ponente el civilista barcelonés Luís Puig Ferriol³⁹, las conjeturas han atraído desde antiguo la atención de los juristas⁴⁰, de manera que,

37 Cfr. ESSER, J.: *Precomprensione e scelta*, cit., p. 57. En una dirección coincidente señala justamente MENGONI, L.: “La polemica di Betti con Gadamer”, en su libro de estudios menores *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 77, que “la precomprensión tiene un valor eurístico: sirve para abrir los ojos al contenido del texto, a poner en movimiento el proceso interpretativo proporcionando una primera orientación. Sería un grave error considerarla como guía que conduce, a través de la elección de criterios metodológicos, la interpretación hacia un resultado previamente determinado por las convicciones del juez sobre lo que es justo, esto es, por sus prevenciones ideológicas. El intérprete no debe abandonarse a las solicitudes de la precomprensión, sino que debe tematizarla en consonancia con el texto y por este camino «apartarse del prejuicio». En otro caso somete la alteridad del texto a sus propios preconceptos”. Puede verse también al respecto, con carácter general, la reflexión de PRIETO SANCHÍS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.

38 Cfr. MENGONI, L.: *Teoria generale*, cit.
Cabe aquí recordar que ya San Raymundo de Penyafort, *Summa casuum*, liber I, 10, casus quintus (ed. Laget), Lyon, 1718, pp. 92-93, advertía al juez que *non debet iudicare secundum suam privatam conscientiam, quam apportavit de domo*, texto, formulado acaso de manera demasiado familiar, que parece derivado de otro de San Ambrosio, que se refiere a la *domesticæ propositio voluntatis* y a que no se debe librar el juez a *nihil privatam meditatam domo*. Tomo estas referencias de LAINGUI, A.: “L’ordo iudiciarius selon saint Thomas”, en AA.VV.: *L’educazione giuridica*, vol. VI, t. I, Esi, Napoli, 1994, pp. 39 y 46. La señalada colección constituye una magna obra de investigación promovida por el cultísimo prof. Alessandro Giuliani, catedrático que fue en la Universidad de Perugia y a cuyo nombre se ha intitulado la anteriormente Facultad de Derecho y ahora “Dipartimento per gli studi giuridici” de dicha universidad.

39 Se hace referencia a la STSJ Cataluña 5 febrero 2001 (RJC 2002, 674) (ponente Puig Ferriol), relativa a “la conjetura de considerar llamados a los nietos como fideicomisarios, como excepción a la regla general que los hijos puestos en condición no se consideren llamados como herederos fideicomisarios, si por no hacer tránsito a los nietos adquiere el patrimonio hereditario una persona ajena al círculo familiar”. El recurso de casación acogido en esta resolución fue redactado por el gran jurista y prestigiosísimo abogado don José Juan Pintó Ruiz.

40 Destaca al respecto la obra de MENOCHIUS, G.: *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis*, Domenicum Tarinum, Augusta Taurinorum, 1594.

“según los autores de la época del *ius commune*, se define la conjetura como un *rationale vestigium veritatis*, en el sentido de que de la voluntad presunta del testador se puede extraer por vía deductiva –lo que era cuestión básica en el caso de autos examinado en la indicada resolución– su voluntad real”. Todo ello en base a la convicción de que, si bien –como se subrayaba– *in incertis, non certis, locus est coniecturis*⁴¹, la conjetura conduce normalmente, a pesar de su incertidumbre y en razón de proceder de verdades seguras⁴², a la determinación, por la vía psicológica de la convicción, de la efectiva realidad⁴³. Además de respecto de la averiguación de la voluntad del testador –es decir, por generalización, respecto de la interpretación del testamento–, la apreciación presuntiva mediante inferencia provocada por signos o indicios de la distorsionada voluntad de los agentes de un negocio *inter vivos* alcanza particular relieve, como también veremos, en tema de simulación contractual, anomalía frecuente pero no necesariamente defraudatoria que, por otra vía, sería en la práctica muy difícil de detectar⁴⁴. De esta manera, cabe decir que lo que no es posible concluir *ex veritate trahat formam similitudinis ex coniectura*⁴⁵.

Cabe recordar aquí la conocida obra clásica de Derecho civil catalán FINESTRES Y DE MONSALVO, J. (1688-1777): *Praelectio cervariensis sive commentarius accademicus ad titulum pandectarum de vulgari et pupilari substitutione*, Cervera, 1752, de la cual hay reproducción anastática con su texto traducido, con estudio introductorio, notas e índices de M. Pérez Simeón, Barcelona, Departament de Justícia, 2005. Finestres tiene repetidamente en cuenta la obra de FABER, A. (o FABRO, 1557-1624): *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Colonia, 1630, al que cita repetidas veces (pp. 205, 241, 261, 299 y 347 de la traducción). A la conjetura *ad probandam filiationem* se refiere OLIBANI, A.: [Commentaris] *De actionibus. Pars secunda*, Typographia Gabrielis Graeii et Gerardi Dotilii, Barcinonae, 1645, pp. 407, n. 14 (en donde se asocia a la conjetura a la misma finalidad que las *praesumptiones*. [Según la edición facsímil hecha en Barcelona, Departament de Justícia, 1988, con estudio introductorio de C. J. Maluquer de Motes i Bernet y A. Vaquer Aloy]. Cabe significar que la consideración del recurso a la *coniectura* en orden a la *divinatio* mediante la apreciación de *signis* tiene una brillante expresión en la obra de Marco Tulio CICERÓN, *De divinazione*, de la cual hay una edición, con texto latino y texto italiano al frente e introducción, traducción y notas de S. Timpano, de la milanese Editorial Garzanti, con 8ª ed. de 2008 (la primera de 1988). Vale la pena recordar que el recurso a los signos adivinatorios era tan importante en Roma que la actividad de interpretar ciertos signos (vuelo de las aves o examen de vísceras de los animales) se hizo con frecuencia obligatoria en relación a los asuntos públicos de gran trascendencia. Ello al punto de propiciar la organización de la función, pudiendo verse a este propósito la interesante monografía de CATALANO, P.: *Contributi allo studio del diritto augurale*, vol. I [único publicado], Giappichelli, Torino, 1960. En el primitivo procedimiento penal se conocen las conjeturales “prueba del fuego” y “prueba del agua” y durante siglos la consistente en el “juramento”. En el Derecho procesal francés se conoce la figura del “serment” (con la fórmula “je le jure”).

- 41 Cfr. DE ROSATE, A.: *Trattatus illustrium in utroque tum pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum*, t. II, Venetiis, 1583, l. Quaestio IIII, 7 (*coniecturis locus est in incertis*).
- 42 Cfr. DE NITTO, A.: “Processo e procedura in Domat”, en AA.VV.: *L'educazione giuridica*, vol. VI, t. I, Esi, Napoli, 1994, pp. 80-103, esp. p. 97.
- 43 La referencia a las conjeturas encuentra espacio, por ejemplo, en la argumentación del civilista veronés, operante con éxito en la segunda mitad del siglo XV, Bartolomeo Cipolla, quien, en su *Tractatus de contractibus emptionum vel locationum cum pacto de retrovendendo simulatis* y sobre la generalizada afirmación de que *in incertis, non certis, locus est coniecturis*, se refiere a la adecuada apreciación del dolo por conjeturas e igualmente a la de la simulación: cfr. dicho tratado en el volumen que –comenzando por su conocidísimo *Tractatus de servitutibus urbanorum praediorum*– recoge todos los suyos, CEPOLLAE, B.: *Varii tractatus*, Haeredes Ioannis Mariae Bonelli, Venetiis, 1571, pp. 200r, 202v, 203r, 204r y v y 219r, en cuya última se distingue entre *legitimas probationes, praesumptiones, indicia y probabiles coniecturae*. De este autor se popularizaron las que se denominaron *cautelae Caepolle*, subterfugios para sortear la ley, sugeridos abundantemente en su *Tractatus cautelarum*.
- 44 En efecto, amparándose en afirmaciones del gran Baldo de Ubaldis, sugiere CEPOLLAE, B.: *Varii tractatus*, cit., p. 204v, que *coniecturae sufficiunt in quae communiter in secreto fiunt*.
- 45 Conforme esta consideración parafraseando expresiones del *Liber iudicum popularis* (versión redactada por el juez Bonsom de Barcelona, s. X-XI), Manuscrito Z. II. 2 de El Escorial, ed. Barcelona, Departament de

En materia de interpretación del testamento, tanto la doctrina como la jurisprudencia no tienen mayor inconveniente en recurrir, para la averiguación del sentido de la voluntad del testador –en concurso con las denominadas pruebas intrínsecas o, alternativamente, cuando esta vía se muestra al respecto insuficiente o inconcluyente– a los llamados elementos extrínsecos de interpretación de la voluntad del *de cuius*, como pueden ser sus hábitos, su conducta respecto de ciertos bienes, sus modos o modalidades de expresión y sus actos o manifestaciones posteriores al otorgamiento del testamento o también el contexto social y cultural, así como el entorno personal y familiar, el lugar y el tiempo en que se desarrolló la vida del testador y en que se formó y se formuló su decisión⁴⁶.

Esta posibilidad se ha mostrado particularmente significativa respecto de la institución testamentaria de los fideicomisos, en relación a los cuales ya advertían las fuentes romanas que en ellos muchas veces conviene atenerse más a la voluntad del testador que a sus palabras⁴⁷. En el derecho civil catalán el recurso a los medios extrínsecos relativamente a la interpretación –y en concreto a la conjetura derivada de los mismos–, ha sido tradicionalmente acogido en relación al supuesto del denominado fideicomiso familiar *si sine liberis decesserit*, según puede apreciarse en la concorde continuidad de doctrina y jurisprudencia en su apreciación de ser razón de tal institución la salvaguardia del patrimonio agrario en su integridad y la conservación del mismo en el seno de la familia⁴⁸. Estos planteamientos, en la actualidad legalmente ya no referenciados, se reflejan todavía, con la expresión de “conjetura de piedad” a favor de los nietos, en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960⁴⁹.

Justicia i Interior, 2003, pp. 343-347.

- 46 La denominada “prueba extrínseca” de la averiguación de la voluntad del testador más allá de las palabras por él utilizadas es acogida favorablemente, aunque con las debidas cautelas, por una jurisprudencia constante y, desde luego por la doctrina, dentro de la cual se señalan las contribuciones de CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: “La interpretación del testamento en el Derecho común”, *Revista de Derecho Privado*, 1973, pp. 277 ss.; GARCÍA AMIGO, M.: “Interpretación del testamento”, *Revista de Derecho Privado*, 1969, pp. 931 ss.; PUIG BRUTAU, J.: “La interpretación de testamento en la jurisprudencia”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XII, 1962, pp. 511 ss.; y JORDANO BAREA, J. B.: *Interpretación del testamento*, Casa editorial Bosch, 1958, del cual es de ver también su análisis del art. 675 CC en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. IX, vol. 1º-A, Madrid, Edersa, 1991. En la doctrina extranjera destaca la monografía, bien conocida entre nosotros, de RESCIGNO, P.: *Interpretazione del testamento*, Jovene, Napoli, 1952.
- 47 Cfr. *Codex Justiniani*, 6, 42, 16. Sobre las conjeturas respecto de la averiguación de la voluntad del testador es clásico el estudio de MANTICA, F.: *Tractatus de coniecturis ultimorum voluntatum, in libros duodecim distinctus*, Venetiis, 1619.
- 48 La ya señalada STSJ Cataluña 5 febrero 2001, cita al respecto obras clásicas del Derecho civil catalán como las debidas a Càncer, Peguera, Vives y Cebrà o Borrell y Soler y hace referencia abundante a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 22 octubre 1889, 2 octubre 1900, 10 diciembre 1913, 7 julio 1932, 1 marzo 1941, 2 febrero 1950 –de la que hace especial mención– y 13 marzo 1959), sin olvidar la S. del Tribunal de Cassació de Catalunya 8 octubre 1936, de la que fue ponente el ilustre jurista don Ramón María Roca Sastre. Cabe recordar aquí la importante monografía de ROCA SASTRE, R. M.: *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, Casa editorial Bosch, Barcelona, 1948, en cuyas páginas 85-102 se recoge, en apéndice, la referida sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña, en la que se hace reiterada mención de las conjeturas.
- 49 Cfr. Art. 170 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña aprobada por la ley 40/1960, de 21 de julio.

IV. LA PRESUPOSICIÓN.

En la percepción inicial del sentido de los hechos sobre los que debe fallar, es normal que el juzgador capte la tensión establecida entre los diferentes intereses de los litigantes en razón de las alternativas expectativas en que cada uno de ellos cifra el resultado de las actuaciones que son origen de su enfrentamiento. Hay que tener en cuenta, en efecto, que cuando los particulares actúan en la vida social suelen decidirse en consideración de ciertos datos o presupuestos de hecho en los que instintivamente cifran en su ánimo unas ciertas expectativas de ventaja o de satisfacción que esperan alcanzar, por más que sea posible que tales datos o presupuestos de hecho puedan cambiar, alterarse o incluso fallar⁵⁰.

Esta actitud psicológica referida a la esperanza de que la acción emprendida tendrá la consecuencia esperada ha sido conceptualizada jurídicamente, en cuanto que puede alcanzar trascendencia en determinados aspectos, como “presuposición” y la misma ha sido teorizada, desde hace bastante tiempo, por una acreditada doctrina, que viene a definirla como la representación, eventualmente falsa o inadecuada, de las expectativas que de manera reconocible han influido sobre las motivaciones de la voluntad de un sujeto, el cual, en su caso, no habría emitido su declaración de haber tenido conocimiento directo de las cosas venideras⁵¹.

En relación a la operatividad de las conjeturas –y a la atención a los datos extrajurídicos– en la conformación de la actividad del jurista, es de observar que en la consideración que se lleva a cabo en ella no se tienen en cuenta “tanto de juicios de verdad como de juicios de valor (*Werturteile*)”, de modo que la recta solución de una cuestión jurídica se contrae en gran medida a una tarea que requiere de una “cierta intuición y de criterio práctico”: *vid.* las consideraciones del prestigioso profesor civilista, que también ejerció funciones judiciales, Ernst Zitelmann, sobre cuya actividad científica se ocupa la contribución de BETTI, E. (1890-1968): “Metodica e didattica del Diritto secondo Ernst Zitelmann”, *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, núm. 5, 1925, pp. 49-85, luego reproducida en *Diritto, metodo, ermeneutica* (al cuidado de G. CRIFÒ), Giuffrè, Milano, 1991, pp. 11-57, encontrándose la frase transcrita en p. 15. Respecto a cuanto apreciado en esta breve contribución la lectura del estudio de referencia puede ser considerada de indudable interés.

- 50 Sobre algunas de las cuestiones a las que se refiere este apartado se encuentran amplias referencias en la obra del prestigioso civilista barcelonés PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, vol. I., Casa Editorial Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1978, pp. 391-439, en el apartado titulado “Límites a la exigibilidad de las obligaciones contractuales”. Puede verse también la amplia contribución de GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XL-2, 1987, pp. 525-600. Véase más ampliamente sobre la cuestión LUNA SERRANO, A.: *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 274-293, y en su versión italiana (trad. de L. Mezzasoma y L. Baciuccho, con prólogo de V. Rizzo), Esi, Napoli, 1917, pp. 239-256, así como la contribución del autor intitulada “Un apunte sobre la presuposición”, en AA.VV.: *Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García* (dir. E. MUÑIZ ESPADA), La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 339-362.
- 51 La figura de la presuposición fue, en efecto, conceptualizada por WINDSCHEID, B.: *Die Lehre des römischen Rechts von des Borusssetzung*, Düsseldorf, 1850, ocupándose también de la misma este destacado civilista alemán en *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1887, pp. 311 ss. (trad. it. con el título de *Diritto delle pandette*, de Fadda y Bensa, I (1ª ed.), Torino, 1930, párrafos 97-100, pp. 394 ss. La categoría no goza, de todas formas, de la aceptación generalizada de la doctrina y, por ejemplo, el ya recordado gran jurista BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico* (3ª ristampa corretta della seconda edizione) [el volumen forma parte del *Trattato di Diritto civile italiano*, dir. F. Vasallij], Utet, Torino, 1960, pp. 526-530, crítica esta doctrina por artificiosa y la considera (p. 527) “costruzione ambibia ed equivoca” [de esta magnífica monografía hay edición anastática al cuidado de G. Crifò, con una introducción de G. B. Ferri, que forma el vol. 31 de las “Ristampe della Scuola di specializzazione in Diritto civile dell’Università di Camerino”, Esi, Napoli, 2002].

La presuposición entendida de este modo, a la que el ordenamiento ha dado cierta relevancia en relación sobre todo a las convenciones, se referiría, por tanto, a “una circunstancia externa que, sin ser prevista como condición del contrato, constituye un presupuesto objetivo del mismo”⁵², lo que plausiblemente se explicaría porque, en efecto, ciertas circunstancias, presentes o futuras, actúan en la mente de los contratantes como motivaciones esenciales, de tal suerte que “si el sujeto supiera que no existen o que no llegarán a verificarse, no habría contratado”. De este modo y a partir de este estado de espíritu, que psicológicamente es de certeza y no de duda, quien contrata “está convencido de la realidad presente o futura de los motivos que le inducen a contratar: da por sentada la verificación de determinado supuesto de hecho, o su subsistencia, y presuponiendo que es así, celebra el negocio. Y tan cierto está de cuanto se representa o presupone que no revela los motivos del acto, ni menos hace depender de ellos el efecto del contrato elevando tales motivos a condición explícita”⁵³.

En el sentido expuesto, es plausible pensar que la voluntad negocial de los contratantes se configura incluyendo mentalmente alguna “condición no expresada o no desenvuelta o implícita” –como se ha designado con frecuencia adaptando terminología alemana (*unentwickelte Bedingung*) o inglesa (*implied term* o *implied condition*)– a propósito de la situación actual o de la evolución de los hechos que inciden en la relación convencionalmente establecida, en cuanto a que la otra parte ha de cumplir o que el cumplimiento que debe llevar a cabo o el que nosotros debemos realizar tendrán lugar en circunstancias sustancialmente inalteradas; o bien evaluando, en su real entidad y tal como son al contratar, los datos objetivos o presupuestos que se representan y constituyen la conocida como situación negocial de partida o “base del negocio” y confiando en su posible permanencia o en su previsible evolución (la *Geschäftsgrundlage* de los alemanes); o, incluso, en una concepción más moderna, dando a tales datos una relevancia causal en cuanto determinantes del denominado “fin del contrato” (traducido del concepto germano de *Geschäftszweck*). Constituyendo, en definitiva, una suerte de reserva mental (*virtuelle Vorbehalt*) que se insertaría en la disciplina negocial en consideración a la virtualidad de la buena fe⁵⁴ y dando lugar a que los conceptos

Por su parte, tampoco se muestra partidario de la aceptación de los planteamientos conexos a la figura de la presuposición, aunque se refiere a la misma como “interesantísimo y grave problema” (p. 509, n. 103), CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico* (trad. esp. de M. Albaladejo), Aguilar, Madrid, 1956, pp. 508-513, quien considera que la categoría en cuestión no está prevista positivamente (p. 512).

Véase sobre estas interesantes cuestiones la destacada monografía de CAMARDI, C.: *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Giuffrè, Milano, 1997.

52 Cfr. BIANCA, C. M., PATTI G. y PATTI, S.: *Lessico di Diritto civile*, Giuffrè, 2ª ed., Milano, 2001, p. 580.

53 Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Dykinson, 5ª ed. revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Madrid, 2011, p. 435, y *vid.* también en los mismos elementos, I-3 (3ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 119 s.

54 Sea permitido remitir al respecto de nuevo a LUNA SERRANO, A.: *Las normas*, cit., pp. 137-141.

indicados trasciendan enlazados en relación a la interpretación del contrato o, de manera más apremiante, en relación a la integración del contenido del mismo.

Sin que sea posible abundar en este lugar sobre las explicaciones teóricas acerca de la relevancia de la presuposición⁵⁵, conviene hacer referencia a su virtualidad operativa en el ámbito del ordenamiento, en cuanto que las que pueden llamarse genéricamente presuposiciones no dejan de estar presentes en nuestra legislación ni deja de recurrir a ellas la jurisprudencia⁵⁶, siendo también sensibles a tenerlos en cuenta ciertas propuestas encaminadas a modernizar perfectamente el sistema normativo.

El ordenamiento tiene en cuenta, en efecto, la realidad psicológica de que cuando compramos una cosa no nos entregará el vendedor una cosa viciada o defectuosa o cuya entidad no se conforma con las características con las que se muestra o de las que se dice tener en los folletos o anuncios de su propaganda, por lo que el ordenamiento debe tender a corregir en lo posible estas anomalías⁵⁷. En este ámbito legislativo se debe recordar también la norma que expresamente se apoya en la idea de presuposición cuando afirma que “se entiende implícita en las recíprocas” la facultad de resolver por incumplimiento las obligaciones⁵⁸, regla que se ampara en la idea, tan sencilla como profunda –*nemo liberalis esse praesumitur*–, de que “no es normal, salvo en situaciones de beneficencia, compasión o caridad, que el ser humano, de natural egoísta, sacrifique una parte de su patrimonio, o asuma una carga obligacional, y se avenga a empobrecerse en beneficio de otro sin justificación alguna, sin recibir algo que para él valga más, o lo prefiera a lo que sacrifica”, pues es claro que “nadie se sacrifica si no es por causa de que va a recibir la contrapartida”, de modo que, si tal habitual creencia actúa subjetivamente, ella misma “objetivamente exige que la contrapartida sea

55 Por ejemplo, si, no pudiendo la presuposición constituir una verdadera condición, pudiera trascender dando lugar a una *exceptio* o a una *condictio*.

56 La idea de “presuposición” que campea en el concepto de “implicitud” de la facultad no prevista expresamente que se contiene en el art. 1124 CC y a la que se refiere en concreto la STS 17 mayo 1986 (ponente De Castro García), relativa a la resolución contractual derivada en el caso de autos de una “imprevisible mutación fáctica”, se propende hoy a ser sustituida por la de carácter subjetivo de la llamada cláusula implícita *rebus sic stantibus* o por las tendencialmente más objetivadas de la desaparición de la “base del negocio” o de la frustración del “fin del contrato”, según es de ver en diversas STS como las de 23 noviembre 1962 (ponente Lojo Tato), 10 octubre 1980 (ponente Santos Briz), 9 diciembre 1983 (ponente Santos Briz), 27 octubre 1986 (ponente De Castro García), 14 diciembre 1993 y 20 abril 1994 (ponente en ambas Gullón Ballesteros). Es evidente, sin embargo, que estos varios conceptos no son sino versiones relativas a la posición psicológica con que actúan los contratantes, como evidencian las STS que se refieren a la no obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato y la contradicción que respecto de ella supone la frustración de las legítimas expectativas económicas de quienes pactan o del fin práctico que los contratantes esperan alcanzar: *vid.*, en este sentido, entre otras y siempre por vía de ejemplo, las STS 18 noviembre 1983 (ponente De la Vega Benayas), 25 noviembre 1983 (ponente Pérez Gimeno), 22 marzo 1985 (ponente De la Vega Benayas), o 11 julio 1991 (ponente Fernández Rodríguez).

57 Cfr. Arts. 1474.2º y 1484-1499 CC. y art. 17 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

58 Cfr. Art. 1124 CC.

real⁵⁹". Por otra parte, y aunque en estos supuestos no se haga legal referencia a ninguna cláusula condicional implícita, es también de considerar que la idea de presuposición se encuentra en la base de las normas que, frente al principio de irrevocabilidad de las donaciones, previenen excepcionalmente la revocación de las mismas por sobreveniencia o supervivencia de hijos e incluso –si más que en la punición del beneficiario ingrato se piensa en la decepción del benefactor por el inesperado desprecio recibido– por ingratitud⁶⁰.

Por su parte, la jurisprudencia, aunque con frecuentes llamadas de atención a la cautela, a la moderación y a la prudencia, no ha dejado de acudir –recurriendo también a veces a las teorías que considera como formas doctrinalmente más evolucionadas⁶¹ de la “presuposición”, de la “excesiva onerosidad sobrevenida” o de la “desaparición de la base del negocio”⁶²– a una hipotética y presupuesta condición tácita o “no desarrollada” y, en concreto, a una “implícita cláusula *rebus sic stantibus*” –de cierto intensificado protagonismo con ocasión de la todavía no superada actual pandemia⁶³– que “conduciría al terreno de la presuposición”⁶⁴, encaminada a corregir, a través de una suerte de *reductio ad aequitatem*, los sobrevenidos, extraordinarios e imprevisibles desequilibrios que, por hacerse las prestaciones debidas más costosas, más incómodas o más peligrosas, se producen, con carácter grave y desproporción exorbitante, en las relaciones contractuales⁶⁵. El juzgador habrá de considerar si, en función de parámetros propios del sentido

59 Tomo estas expresiones de un texto inédito cuando lo utilicé, espléndido como suyo, del gran jurista y destacadísimo abogado J. J. PINTO RUIZ, intitulado “Estudio sobre el art. 1124 del Código civil”, destinado a ser expuesto en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, cuyo envío mucho agradecí en su día a tan prestigioso autor.

60 Cfr. Arts. 644 y 648 CC.

61 Cfr., en tal sentido, la STS 1 marzo 2007 (ponente Montés Penadés).

62 Cfr., por vía de ejemplo, las STS 17 mayo 1986 (ponente De Castro García), de 21 de febrero de 1990 (ponente Barcalá Trillo-Figueroa), 10 diciembre 1990 (ponente González Poveda) y 6 noviembre 1992 (ponente Morales Morales). En relación a la desaparición de la base del negocio, que podría apreciarse en dos perspectivas, como la de la cláusula *rebus sic stantibus* y la de la frustración del fin del contrato, *vid.* la STS 10 abril 2002 (ponente Corbal Fernández).

63 Véase, por ejemplo, la reciente monografía de GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L.: *Contratos y Covid: el principio “pacta sunt servanda” y la regla “rebus sic stantibus”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Puede verse también la amplia obra colectiva (716 pp.) de AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del covid-19* (al cuidado de V. RIZZO, L. MEZZASOMA, E. LLAMAS POMBO y G. BERTI DE MARINIS), Esi, Napoli, 2021, con relevante participación española –A. Cañizares Laso, M. J. Cazorla González, M. P. García Rubio, E. I. Varela Castro, E. Llamas Pombo, F. J. Pérez-Serrabona González, J. L. Pérez-Serrabona González y M. J. Reyes López–. Se señala también la contribución de E. TORRELLAS TORREA, *La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia*. Art. 36, I y II, RD-Ley 11/2020, en *Derecho civil*, vol. VIII, núm. 2 (2021), pp. 93-145.

64 Según expresión de la STS 17 mayo 1957 (ponente Eyré Varela).

65 Cfr., por su gran expresividad, la STS 23 abril 1991 (ponente González Poveda), que resume y sistematiza la jurisprudencia anterior y cuya doctrina se ha trasladado a otras resoluciones posteriores, como, por ejemplo, las STS 6 noviembre 1992 (ponente Morales Morales), que se refiere al enorme desequilibrio de las prestaciones, 29 mayo 1996 (ponente Ortega Torres), que decide sobre el concepto de la base del negocio, 10 junio 1996 (ponente Morales Morales), que aprovecha el concepto de frustración del fin del contrato, y 1 febrero 1997 (ponente González Poveda), por referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*. Últimamente pueden verse, en general sobre la aplicación de los conceptos reconducibles a la idea de precomprensión las STS 17 noviembre 2000 (ponente Villagómez Rodil), 21 marzo 2003 (ponente Corbal Fernández), 1 marzo 2007 (ponente Montés Penadés), 21 mayo 2009 (ponente Marín Castán), 17 enero 2013 (ponente Marín Castán) y 26 abril 2013 (ponente O’Callaghan Muñoz).

común y de la razonabilidad, aprecia en función de las circunstancias si ha lugar a admitir virtualidad a la presuposición, cuando del conjunto de circunstancias extralegales, pero trascendentes, le inclinan, a su entender, suficientemente a ello.

Es de advertir, en cualquier caso, que ante los supuestos examinados la doctrina jurisprudencial no se orienta tanto por soluciones resolutorias sino por la adopción de mecanismos modificativos o revisores⁶⁶, de modo que, al no autorizar la extinción o resolución de la relación contractual, se tiende a corregir o compensar el desequilibrio obligacional instaurado por la alteración de lo que en general puede denominarse “base del negocio”⁶⁷.

En relación a lo candente con que se presentan en la práctica en las cuestiones a las que se hacen referencia en este apartado cabe significar, como ya se ha sugerido, la atención que a las mismas se presta en las recientes propuestas de modernización del Código civil y del Código de comercio⁶⁸.

V. LAS PRESUNCIONES JUDICIALES.

La presunción de la certeza de un hecho del que no se sabe que existe con seguridad puede adoptarse no sólo por la ley sino ser asumida también, a partir de unos hechos o circunstancias conocidos, por parte del juez y, desde luego, alegarse, en aras de la función defensiva que tiene confiada, por parte del abogado

Un caso interesante de presuposición puede referirse, por ejemplo, a la caracterización de una finca urbana: *vid.*, al respecto, COSENTINO, E.: “Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli”, *Foro italiano*, 1995, I, 1, cols. 1601 ss.

- 66 La ya antigua STS 6 junio 1959 (ponente De Vicente Tutor Guelbenzu), que cita a propósito la ya recordada de 6 junio 1957 (ponente Euré Varela), propende, en efecto, más que por rescindir, por compensar y declara que “los efectos de la cláusula *rebus sic stantibus* no son rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgando solamente los modificativos del mismo encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”. Más recientemente y con abundantísimas referencias jurisprudenciales, la STS 27 noviembre 2013 (ponente Ferrándiz Gabriel) señala que la “jurisprudencia ha destacado la admisibilidad en nuestro sistema de ciertos medios de corrección de la frustración económica del contrato en determinadas situaciones particulares y admitiendo la influencia de los cambios imprevistos sobre la resolución del vínculo y, especialmente, la modificación equitativa de su contenido”.
- 67 La doctrina jurisprudencial que podría citarse al respecto es muy abundante. En este sentido pueden señalarse las STS 17 noviembre 2000 (ponente Villagómez Rodil), 21 marzo 2003 (ponente Corbal Fernández), que se refiere al aniquilamiento de las prestaciones, 9 mayo 2009 (ponente Marín Castán), en relación a la variación de las circunstancias, 20 noviembre 2009 (ponente O’Callaghan Muñoz), referida a la desproporción exorbitante al igual que la del mismo ponente de 21 febrero 2012, 2 febrero 2012 (ponente también O’Callaghan Muñoz), que se refiere a la base del negocio, 21 enero 2013 (ponente Marín Castán), 18 enero 2013 (ponente Ferrándiz Gabriel), que se refiere a la variación de las circunstancias, y 30 junio 2014 (ponente Orduña Moreno), relativa a la modificación de las circunstancias y a la sobrevenida excesiva onerosidad.
- 68 En relación al CC la Comisión General de Codificación ha propuesto un proyectado art. 1213 relativo a la alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base al contrato que determina una excesiva onerosidad o haya frustrado el fin del contrato; y la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su *propuesta* de modificación modernizadora del CC (Madrid, Tecnos, 2018, pp. 685 ss.) incluye un art. 526-5 dedicado a “alteraciones extraordinarias de las circunstancias básicas del contrato” en donde se señala que en razón de excesiva onerosidad o frustración del fin del contrato puede éste ser objeto de revisión.
Por su parte, la Comisión de Codificación en su *Propuesta* del Código Mercantil incluye un art. 416-2 referido precisamente a la “excesiva onerosidad del contrato”.

en su argumentación encaminada a convencer al juzgador. Respecto de esta realidad de la adopción de presunciones utilizables en el proceso no formuladas en la ley o *praesumptiones legis* son expresiones calificativas usadas por la doctrina las de *praesumptio facti*, *praesumptio hominis*, “presunción simple” o, según la denominación legal, “presunción judicial”, en cuanto establecida por el juzgador⁶⁹.

En cuanto que, legal y doctrinalmente se inscribe en el ámbito de la prueba de los hechos a enjuiciar, de la presunción judicial se ha dicho, en descripción de claros tintes psicológicos que no diferiría si se aplicase a cualquier otra *praesumptio hominis*, que supone “un proceso lógico mediante el cual, razonando sobre las consecuencias y efectos previamente deducidos de hechos sabidos y un cuerpo de realidad cierta, se llega a dar por conocido un supuesto fáctico que no lo era, pero que indudablemente se produjo, si bien no deja rastros exteriorizados necesarios para su posible apreciación directa, sin necesidad de recurrir a la vía, siempre más fácil, de la inducción”⁷⁰.

Como declara, según es sabido, una reiterada jurisprudencia, la presunción judicial decisivamente “opera cuando no concurren pruebas directas suficientes sobre las cuestiones del debate”⁷¹. En efecto, a falta de prueba directa –también a mayor abundamiento acompañando cumulativamente a la misma– y como define la ley, “a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a 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”⁷². De este modo, “la presunción judicial consiste en la estimación de un hecho no directamente probado como cierto por inferirse razonablemente de otro hecho directamente probado”⁷³.

El nexos que debe subsistir *per relationem* entre el hecho conocido por admitido o demostrado y el hecho ignorado que se presume –el a veces denominado hecho derivado o hecho consecuencia– y que implica que el hecho que se trata de deducir se aprecie sobre datos de conocimiento proporcionados por el hecho-base, no requiere sin embargo de la existencia entre ellos de una derivación

69 Cfr. Art. 386.1, proposición primera, LEC.

70 Cfr. la STS 20 junio 1991 (ponente Villagómez Rodil), cuya doctrina recoge la STS 15 noviembre 1993 (ponente González Poveda).

71 Cfr., entre otras muchas, las STS 3 octubre 1986 (ponente Santos Briz), 14 octubre 1991 (ponente Villagómez Rodil), 2 febrero 1993 (ponente Ortega Torres), 17 marzo 1994 (ponente Villagómez Rodil), 17 febrero 1998 (ponente García Varela), 1 marzo 2000 (ponente Sierra Gil de la Cuesta) y 17 junio 2000 (ponente De Asís Garrote).

72 Cfr. el ya citado art. 386.1 LEC. Faltando el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir según las reglas del criterio humano, de la lógica y de la razón o del raciocinio lógico, el establecimiento judicial de la presunción sería censurable en casación, como tiene declarado una jurisprudencia cuya abundante copia dispensa de una cita pormenorizada.

73 Utilizo aquí un pasaje de la STS 10 febrero 1998 (ponente Almagro Nosete).

mecánicamente necesaria⁷⁴, dotada de ineludibilidad o univocidad, sino basarse en una reflexiva ponderación de carácter inductivo inspirada también en el razonable criterio de la normalidad. Es claro, por lo demás, que unos mismos hechos pueden dar lugar, mediante inducción surgida a partir de ellos, a conclusiones lógicas o plausibles diversas e incluso contradictorias, sin que ello comporte en el razonamiento del juez error, falta de lógica o arbitrariedad, pudiendo en tal caso operar el juzgador de modo discrecional, optando por la conclusión que considere más plausible o adecuada⁷⁵.

Como inferencia de apreciación exclusivamente personal del juzgador –en su caso, a propuesta acogida de uno de los abogados de los litigantes–, la presunción judicial tiene el carácter de prueba indirecta, de significado subsidiario o supletorio de la prueba directa –que adorna, en cambio, a la presunción legal no destruida de contrario–, de modo que, si bien el juez puede aprovecharse de ella, no está obligado a recurrir a la misma⁷⁶.

En este sentido, se considera que el poder aprovecharse el juez de la *praesumptio hominis*, con los condicionantes que marca la ley, tiene carácter discrecional. Sin embargo, ocurre que hay casos en que la derivación del hecho conocido del que puede presumirse otro a partir del mismo parece bastante sencilla a la vez que casi mecánicamente lógica⁷⁷, de modo que podría pensarse que no debería admitirse con total lenidad la no utilización judicial de una deducción presuntiva

74 Cfr. la STS 20 julio 2006 (ponente Corbal Fernández). Basta, en efecto, que la inducción en que consiste la presunción sea plausible por ponderada y razonable en el *iter* reflexivo del juzgador, como ha puesto de relieve en diversas ocasiones la jurisprudencia: cfr., entre otras, las STS 21 noviembre 1998 y 1 julio 1999 (ponente en ambas González Poveda).

Esta característica de la presunción judicial comporta, en la apreciación de algunos, que “les présomptions du fait de l’homme ont un aspect trop conjectural pour ne pas être sujettes à caution” y ello porque “la vraisemblance de ces présomptions est peu pérenne”: cfr. PÉDELIEVRE, A.: *Introduction à l’étude du Droit*, Maisson, Paris, 1981, p. 142. Seguramente una consideración de este tipo inspira el art. 1353 CC fr., que exige de tales presunciones del magistrado que sean “présomptions graves, précises et concordantes”, si bien es opinión generalizada que un hecho único sea suficiente si parece determinante: cfr., en este último aspecto, MALINVAUD, F.: *Introduction à l’étude du Droit. Cadre juridique des relations économiques*, Litec, Paris, 1992, p. 255.

75 Sobre estas cuestiones es relativamente abundante la doctrina jurisprudencial: cfr., entre otras, las STS 4 julio 1996 y 23 julio 1998 (ponente en ambas Fernández-Cid de Temes), 31 marzo 1999 (ponente Marina Martínez-Pardo), y 16 julio 2001 (ponente Corbal Fernández).

76 Cfr. las STS 10 febrero 1996, 16 mayo 2001 y 10 julio 2003 (ponente en todas ellas González Poveda), 21 de septiembre 2001 (ponente Marín Castán), 16 julio 2003 (ponente García Varela) 20 octubre 2006 (ponente Gullón Ballesteros), 6 noviembre 2006 (ponente Montés Penadés), y 14 abril 2008 (ponente Ferrándiz Gabriel).

77 Por ejemplo, es supuesto característico de presunción judicial deducir de la actitud silente de una persona una declaración tácita de voluntad: cfr. las STS 16 abril 1985 (ponente De la Vega Benayas) y 31 diciembre 1987 (ponente Serena Belloso). Una STS 28 mayo 1988 (ponente Santos Briz) acoge la presunción de que, remitidas unas mercancías a portes pagados, debe entenderse que viajaron hasta el domicilio del comprador por cuenta y riesgo del vendedor; y otras de 30 mayo 1987 (ponente Serena Belloso) y 25 marzo 1991 (ponente Fernández-Cid de Temes), sugieren que, no constando que los envíos fueron realizados a portes pagados, ha de entenderse que lo fueron a portes debidos.

particularmente favorecida por los hechos probados, sobre todo en el supuesto de que hubiera planteado su oportunidad una de las partes litigantes⁷⁸.

De la bastante frecuente simulación contractual⁷⁹, en la que, si es relativa, la declaración de lo verdaderamente querido se esconde bajo el velo de otra y se oculta, como decían los antiguos *in tegumentis verborum tecta* y en que, si es absoluta, la declaración negocial que se hace no se asienta en intención alguna, se hace muy difícil sobre todo para los terceros eventualmente perjudicados por la simulación, una prueba directa, por cuanto que el *consilium simulationis*, que compromete a los autores del negocio simulado, tiene su base en el intento de mantener en secreto lo que acuerdan bajo un “disfraz para encubrir un negocio diverso”⁸⁰ o bien en su decisión de aparentar que contratan cuando no acuerdan nada.

Las dificultades de la prueba directa de la simulación determinan que haya de recurrirse con gran frecuencia, para su apreciación, a las presunciones judiciales en las que se parte de hechos acreditados para apreciar la simulación⁸¹.

El supuesto que ha venido siendo más frecuente de simulación relativa es el que encubre una donación bajo la capa de una compraventa, en relación al cual han constituido índices sobre los que establecer la presunción judicial de existencia de donación, algunas circunstancias que, por su reiteración, han venido a hacerse

78 La STS 23 julio 1998 (ponente Fernández-Cid de Temes) advierte que, si es “excepcional que pueda impugnarse en casación haberse omitido su empleo” (de la presunción basada en la deducción del juzgador de instancia), “tal excepcionalidad no implica imposibilidad y esta Sala ha casado sentencias por no emplear la prueba de presunciones cuando los hechos demostrados para la propia sentencia recurrida surge la coherencia, coherencia y congruencia obligada”.

79 Sobre la figura de la simulación contractual, frecuentemente atendida por la doctrina, se indican al menos las contribuciones monográficas de CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, y de ALBALADEJO, M.: *La simulación*, Edisofer, Madrid, 2005. En el Derecho italiano es básica la obra de FERRARA, F.: *La simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, 5ª ed., Roma, 1922, de la que hay trad. esp. de Atard y de De la Fuente, Edersa, 5ª ed., Madrid, 1931.

80 El acuerdo simulatorio comporta con mucha frecuencia que los simulantes se provean precautoriamente de una “contradecларación”, lo que entre ellos facilita la prueba de la simulación para desbaratar su trascendencia, en el caso de que alguno de ellos quiera aprovecharse de ella.

La prueba, en cambio, puede resultar particularmente difícil para los terceros eventualmente perjudicados por la simulación: por ejemplo, acreedores de los simulantes que, por consecuencia de la simulación, ven lesionado su crédito o afectados sus bienes por la creación de titularidades ficticias: *cfr.* la STS 25 marzo 2013 (ponente Ferrándiz Gabriel).

81 El recurso en estos casos a la *presumptio hominis* judicial es muy frecuente, como pone de relieve una nutrida doctrina jurisprudencial: *cfr.*, por vía de ejemplo y entre otras muchas, las STS 24 abril 1961 (ponente De Vicente Tutor y Guelbenzu), 2 diciembre 1983 (ponente Casares Córdoba), 10 julio 1984 (ponente De Castro García), 13 octubre 1987 (ponente Latour Brotons), 5 noviembre 1988 (ponente Fernández Rodríguez), 29 septiembre 1989 (ponente González Poveda), 28 febrero 1991 (ponente Ferrándiz Gabriel), 16 septiembre 1991 (ponente Martínez-Calcerrada y Gómez), 29 marzo 1993 (ponente Martínez-Calcerrada y Gómez), 13 octubre 1993 (ponente Almagro Nosete), 15 noviembre 1993 (ponente González Poveda), 14 junio 1997 (ponente Villagómez Rodil), 21 septiembre 1998 (ponente García Varela), 27 abril 2000 (ponente Corbal Fernández), 6 junio 2000 (ponente García Varela), 20 octubre 2005 (ponente O’Callaghan Muñoz), 19 junio 2006 (ponente Salas Carceller), 4 abril 2007 (ponente Almagro Nosete), 26 junio 2007 (ponente Xiol Ríos), 24 julio 2007 (ponente Xiol Ríos), 5 octubre 2007 (ponente Auger Liñán), 30 noviembre 2007 (ponente Corbal Fernández), 28 febrero 2008 (ponente Ferrándiz Gabriel), 18 marzo 2008 (ponente Salas Carceller), 14 mayo 2008 (ponente Xiol Ríos), 29 mayo 2008 (ponente Salas Carceller), 21 diciembre 2009 (ponente Corbal Fernández) y 25 marzo 2013 (ponente Ferrándiz Gabriel).

típicas, como la relación de parentesco cercano entre comprador y vendedor, la ausencia de prueba respecto del precio, el precio vil o la falta de capacidad económica de quien aparece como comprador⁸².

A diferencia de lo que ocurre con la presunción legal, cuya trascendencia puede discutirse en el proceso a través de la alegación y prueba del llamado “hecho impeditivo”, la presunción judicial no admite ser discutida durante el proceso, por cuanto que sólo se conoce su aprovechamiento por el juzgador cuando éste dicta su sentencia. Ello obligaría, en su caso, a recurrir en otra instancia superior la resolución y tachar la presunción de que se ha aprovechado el juez al decidir de irrazonable o contraria a los criterios elementales de congruencia por los que se rige el criterio humano.

VI. LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA.

Al margen de las poco antes consideradas presunciones judiciales se colocan conceptualmente las denominadas máximas de experiencia, que, de manera bastante frecuente, conducen inductivamente al juez a alcanzar conclusiones que derivan de lo que es propio que descienda, según la naturaleza de las cosas o las opiniones generalizadas, del conjunto, apreciado sin vicio de error lógico o jurídico⁸³, de ciertos datos, hechos, acontecimientos, aspectos o circunstancias que, de un modo u otro e incluso desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, se revelan en el devenir del procedimiento y que de suyo conllevan de manera apremiante –*inductione et particularium rerum observatione*– unas determinadas consecuencias que, como suele decirse con palabras vulgares que traducirían en el sentir popular el viejo consejo de que *experientia docet*, “se caen por su propio peso”⁸⁴.

Es cierto, desde luego, que la contundente derivación psicológica que, en el discurrir judicial, suponen las máximas de experiencia –cuyo nombre procede de la expresión alemana *Erfahrungssätze* y cuya utilización en el pensamiento del juzgador es semejante a lo que los ingleses llaman discurrir según *reason by rules of thumb*–, no difiere en cuanto a su entramado discursivo de la reflexión que tiene en cuenta la *communis opinio* o, dicho de una manera más circunstanciada y apropiada,

82 A la tipicidad de muchos de ellos como índices de simulación de la venta que esconde una donación se refiere la STS 25 marzo 2013 (ponente Orduña Moreno).

83 Cfr. FAZZALARI, E.: *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 12-14. Como expresa este distinguido procesalista la noción de “máximas de experiencia” es anfibológica y supone un término –una proposición del lenguaje, según precisa (p. 91)– más bien aproximativo que viene a indicar una proposición verificada en cuanto referida a la experiencia y que es comúnmente acogida (pp. 84-87, esp. pp. 85 y 87).

84 Como se ha apreciado al respecto, “le massime d’esperienza sono generalmente il prodotto della prolungata osservazione di un rapporto di causa ad effetto”: cfr. BOBBIO, N.: s. v., “Norma” en *Enciclopedia [Einaudi]*, IX, Einaudi, Torino, 1980, pp. 876-897, ensayo luego comprendido en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1984, pp. 177-213, esp. p. 178, por donde se cita.

la *opinio posita in communi omnium intellectu*, pero en el caso de las máximas la conclusión que por sí mismas inductivamente implican⁸⁵ se deriva de un modo más directo de la naturaleza de las cosas o de las realidades económico-sociales y, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la presunción judicial, no supone la derivación que hace autoritativamente el juzgador de un concreto hecho-base conocido o probado sino del conjunto de datos que emergen en el proceso y que en consideración a la experiencia llaman la atención del juez civil o penal⁸⁶, en su caso advertido por uno de los abogados, en el devenir de las actuaciones procesales. Estos perfiles característicos de la figura no dejan de reflejarse en el hecho de que, con frecuencia, se aligere la justificación de la conclusión a la que abocan mecánicamente los hechos o circunstancias que configuran la inducción en que consiste la apreciación de la máxima, a la que la jurisprudencia –abundantísima al respecto– califica como apreciación jurídica de experiencias de carácter “vital”, como “derivaciones de reglas empíricas frecuentemente comprobadas” o como juicios hipotéticos surgidos de hechos⁸⁷ o circunstancias “concluyentes” y con base en un “orden normal de convivencia”⁸⁸. Se trata, en efecto, de vulgarizaciones de conocimientos naturales o científicos, más o menos sólidos o débiles, de los que se derivan conexiones genéricas de incierto, pero compartido, fundamento cognoscitivo⁸⁹.

85 El proceso inductivo que es propio de la significación de las máximas de experiencia es resaltado por E. FAZZALARI, *Il giudizio*, cit., p. 93, quien subraya que la inducción que se extrae en este caso aboca a un enunciado extremadamente probable. Que se trate en este caso de un juicio no deductivo sino de inducción es también advertido por el civilista PIRAS, S.: “Le massime d’esperienza e la motivazione insufficiente”, *Jus*, 1955, pp. 105 ss.

86 La categorización de las máximas de experiencia se formuló inicialmente en el ámbito de la doctrina jurídica penal por obra de STEIN, F.: *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Hirschfeld, Leipzig, 1893, donde se califica a las máximas de experiencia como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. De la destacada contribución de F. Stein hay trad. esp. de A. de la Oliva con el título de *El conocimiento privado del juez (Investigaciones sobre el Derecho probatorio en ambos procesos)*, Eunsa, Pamplona, 1973, en la que se dedican a las máximas de experiencia las pp. 23-184, de cuya traducción hay ediciones posteriores hechas en Madrid, Ceura, 1990, y Bogotá, 1999.

87 Por ejemplo, la STS 4 diciembre 2007 (ponente Xiol Ríos) se refiere a la “regla de experiencia obtenida, de manera racional, de los datos suministrados por los dictámenes médicos obrantes en los autos”.

88 Cfr. la STS 28 febrero 1989 (ponente Fernández-Cid de Temes), resolución que seguida en cuanto a la significación conceptual de las máximas de experiencia por muchísimas otras hasta nuestros días, lo que haría muy larga la cita de todas ellas.

Se asemeja la apreciación en la reflexión del juzgador de las máximas de experiencia a lo que, como se ha sugerido en el texto, en el Derecho anglosajón se conoce como razonar según reglas de experiencia (*reason by rules of thumb*), sobre cuya modalidad discursiva puede verse SCHAUER, F.: *Playing by the rules*, Clarendon, Oxford, 1991, p. 192, de cuya obra hay versión esp. *Las reglas en juego. Un examen filosófico en la toma de decisiones basadas en reglas en el Derecho y en la vida cotidiana* (trad. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez), Marcial Pons, Madrid, 2004. A las máximas de experiencia se hace frecuente referencia a la obra de ATIENZA, M.: *El Derecho*, cit., pp. 91, 92, 206, 223, 230 (de donde se toma la referencia anterior), 231, 233 y 234. En la consideración de este autor (pp. 91-92) el recurso a las máximas de experiencia supondría una concepción pragmática de la argumentación –en cuanto que emplearía argumentaciones materiales–, distinta de la argumentación formal, de manera que “las «reglas de inferencia» materiales no serían, desde la perspectiva formal, otra cosa que premisas”.

89 Puede verse al respecto el estudio de GASCÓN ABELLÁN, M.: “Sobre la racionalidad de la prueba”, en AA.VV.: *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (al cuidado de L. TRILO), Giapichelli, Torino, 2001, pp. 97-114, esp. p. 108.

Es de resaltar, en todo caso, que la jurisprudencia se ha cuidado reiteradamente de desbaratar la confusión que a veces emerge en la doctrina entre máximas de experiencia y presunción judicial y que en su intento discriminador haya argumentado, con finura, que la reflexión del juez que se apoya en una máxima de experiencia “no se proyecta sobre el punto de vista de la apreciación probatoria sino desde el de la valoración probatoria”⁹⁰, de modo que, en su caso, viene a constituirse, con una amplitud característica, en una “afirmación de un dato intangible, de contenido básicamente psicológico, mediante un proceso discursivo o inferencia compleja, con proposiciones intermedias propias de la valoración de la prueba dentro del marco de la sana crítica”⁹¹. En este sentido, se ha señalado en la doctrina jurisprudencial, con tanta concisión como claridad, que no es posible identificar «justificar» con «probar», “pues la prueba hace referencia únicamente a aspectos fácticos y la justificación es más amplia y comprende otros aspectos, como las reglas lógicas, máximas de experiencia, juicios de valor, etc.”⁹².

En razón de que nuestro Tribunal de Casación ha entendido, en atención a estar basadas las máximas en la experiencia común y la naturaleza de las cosas, que en la utilización de las mismas no se da el que denomina “riesgo de sorpresividad”, en cuanto que se refieren a “factores previsibles por el intelecto humano en relación al asunto de que se trate”⁹³, las máximas de experiencia son tenidas muy en cuenta en la doctrina de la jurisprudencia civil⁹⁴. A este propósito se puede recordar, por vía de simples ejemplos que sería muy fácil multiplicar, que las máximas de experiencia se han referido a las anomalías que suelen acompañar a las sociedades anónimas de carácter familiar⁹⁵, a la inclusión como honorarios profesionales de cantidades relativas a la prestación de un aval⁹⁶, al montante

90 Así la STS 4 febrero 2016 (ponente Vela Torres).

Advierte justamente CARNELUTTI, F.: *La prueba civil* (con apéndice de G. P. Augenti y trad. esp. de N. Alcalá-Zamora y Castillo), Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1982, p. 43 (n. 66), que el uso de la palabra prueba para el conocimiento de las reglas de experiencia es no sólo inoportuno, sino, en rigor, impropio, y que tampoco pueda hacerse mención distintiva entre la prueba de los hechos (*Beweis der Tatsachen*) y la prueba de las reglas de experiencia (*Beweis der Erfahrungssätze*), en cuanto que ello supondría una “extensión desmesurada del concepto de prueba”.

91 Cfr. la STS 11 octubre 2006 (ponente Ferrándiz Gabriel).

92 Cfr. la STS 21 junio 2011 (ponente Corbal Fernández).

La diferencia señalada en el texto de pertenecer las máximas de experiencia a aspectos propios de la justificación supone la superación de entender las máximas como una suerte de “*présomptions extralécales*” o de “*présomptions fondées sur l'expérience*” —así caracterizadas a veces en la doctrina francesa de mediados del pasado siglo— y la reconducción de la figura a las derivaciones propias de la naturaleza de las cosas en la apreciación corriente de los fenómenos y de las realidades sociales. La reflexión judicial que tiene en cuenta máximas de experiencia es expresión de la realidad de deber guiarse la acción por valores que no se crean por las personas sino que de alguna manera se encuentran en la realidad social.

93 Cfr. la STS 16 enero 2012 (ponente Corbal Fernández), que aparece a veces, por error, como de 2011.

94 La apreciación judicial de las máximas de experiencia puede ser objeto de examen por parte del Tribunal de Casación, desde luego en relación al control de la motivación relativa a la *quaestio facti*: así FAZZALARI, *Il giudizio*, cit., p. 91 y *vid.* también CALAMANDREI, P.: “*Massime d'esperienza in Cassazione*”, *Rivista di Diritto processuale civile*, 1927, II, pp. 128 ss.

95 Cfr. STS 28 febrero 1989 (ponente Fernández-Cid de Temes).

96 Cfr. STS 24 febrero 1998 (ponente Almagro Nosete).

indemnizatorio en relación a un contrato de agencia rescindido sin preaviso⁹⁷, a la conclusión derivada de unos datos contenidos en unos dictámenes médicos⁹⁸, a la exoneración de responsabilidad civil del abogado respecto de la no presentación de recurso por decisión del padre del demandado⁹⁹, a la calificación de un contrato como de venta de cosa ajena¹⁰⁰, a la previsibilidad de la imposibilidad subjetiva del cumplimiento del pago aplazado de la vivienda¹⁰¹, a la dificultad de obtener de un promotor inmobiliario financiación con la garantía de un terreno sobre el que pesa anotación preventiva de demanda¹⁰², a la adecuación de la indicación de un plazo señalado en meses en lugar de referirlo a una fecha fija para absorber posibles retrasos puntuales ocasionados por disfunciones del proceso constructivo¹⁰³ o bien, para evitar una prolijidad en que sería muy fácil incurrir dada la abundancia de resoluciones en la materia, a la intrascendencia del intento de exonerarse una empresa de responsabilidad civil por los daños debidos a las fisuras aparecidas en unos codos de cobre fabricados por ella y destinados a instalarse en un circuito de calefacción al no hacerse indicación concreta de la alegada posibilidad de que las mismas fueran debidas a múltiples causas¹⁰⁴.

VII. CONCLUSIÓN.

Puede afirmarse, para terminar, que los índices de configuración de la decisión judicial examinados se conforman en base a las que pueden denominarse como “reglas de oportunidad” aprestadas para suplir o superar las dudas e incertidumbres que se suscitan en la actividad jurisdiccional¹⁰⁵ y que, asimismo, se inscriben tales índices en los criterios sobre los que se endereza, según es frecuente en derecho, la conocida como lógica deóntica, la cual, aunque alejada de la lógica alética o formal, no es menos lógica que ésta, en cuyo universo se inscribe, por lo demás, el entendimiento del significado y el alcance del ya recordado parámetro de razonabilidad por el que se considera que debe transitar, según opinión doctrinal

97 Cfr. STS 19 diciembre 2005 (ponente Montés Penadés).

98 Cfr. STS 4 diciembre 2007 (ponente Xiol Ríos).

99 Cfr. STS 23 febrero 2010 (ponente Xiol Ríos).

100 Cfr. STS 11 octubre 2006 (ponente Corbal Fernández).

101 Cfr. STS 19 mayo 2015 (ponente Baena Ruiz).

102 Cfr. STS 30 diciembre 2015 (ponente Baena Ruiz).

103 Cfr. STS 28 junio 2015 (ponente Baena Ruiz).

104 Cfr. la STS 14 septiembre 2018 (ponente Parra Lucán).

Las cuestiones a que se refiere este apartado relativo a las máximas de experiencia pueden verse con mayor amplitud en el estudio de LUNA SERRANO, A.: “Las máximas de experiencia en la reciente doctrina civil del Tribunal Supremo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2019, pp. 875-890. Dicho estudio se expuso resumidamente en la conferencia de clausura dictada en el ámbito del VII Congreso Internacional de “Derecho privado, consumo y responsabilidad” celebrado en la Universidad de Granada los días 19 y 20 de febrero de 2020 y fue aportado, con el título de “Las máximas de experiencia en la jurisprudencia civil” a los *Scritti in onore di Antonio Flamini* (al cuidado de R. FAVALE y L. RUGGERI), t. II, Esi, Napoli, 2020, p. 717-730.

105 Tomo aquí expresiones de GENTILI, A.: *Senso e consenso*, cit., p. 21.

cada vez más generalizada, la reflexión judicial¹⁰⁶. Cabe incluso decir de la lógica deóntica, como ha sido sostenido con gran autoridad, que es “más lógica” que la racional, “pues tiene una finalidad de «comprensión» de la cual carece la lógica pura tradicional”.

Esta lógica pragmática o de lo razonable se encuentra, en efecto, transida “por juicios de valor; por estimaciones; además de por relaciones entre valores y fines; y también por nexos entre fines y medios”. “Refleja –además– las enseñanzas de la experiencia práctica, es decir, de la razón vital (las propias experiencias individuales) y de la razón histórica (los aleccionamientos sociales de las experiencias del prójimo)”¹⁰⁷.

Trasunto de la “razón vital” que es acogida en la experiencia individual son la precomprensión y la presuposición que influyen o soportan la decisión judicial; y “aleccionamientos sociales de las experiencias comunes” son las conjeturas, las *praesumptiones hominis* y las máximas de experiencia de que se aprovecha el juez al conformar y formular su fallo.

106 Como ha señalado vigorosamente, en un libro tan breve como sugerente, que es compendio de su pensamiento de jurista, LIPARI, N.: *Elogio della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 61-62, que “ragionevole non coincide con razionale; anzi vi è tra i due termini una significativa distanza semantica. Il «razionale» ha riferimento alla coerenza logica, cioè attiene alla non contraddizione tra elementi di uguale valore; il «ragionevole» propone invece la congruenza rispetto a valori sostanziali. Il primo termine cioè indica un carattere formale, il secondo un valore materiale. La razionalità può essere guidata anche indipendentemente di ogni previo riferimento di segno assiologico; non così per la ragionevolezza che non è invece comprensibile prescindendo del riferimento a un indice di valori”. La razonabilidad es por eso – dice (p. 61)– “certamente riconducibile a una convinzione diffusa, a un consenso sociale”.

107 Cfr. RECASENS SICHES, L.: “La filosofía del Derecho de Luís Recasens Siches. Autoexposición”, en AA.VV.: *La filosofía del Derecho en España*, Universidad de Granada, Granada, 1975 (constituye el núm. 15-1975 de los “Anales de la cátedra Francisco Suárez”), pp. 339-377, esp. p. 369. Puede verse también, del propio RECASENS SICHES, L.: *El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica*, Diánoya, México, 1955. Sobre este autor puede verse, en general, el libro colectivo de AA.VV.: *La filosofía jurídica de Luís Recasens Siches*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974, y por lo que aquí interesa la contribución, dentro de dicho volumen, de CASTRO CID, B.: *Teoría del razonamiento jurídico de Recasens Siches*, pp. 229-240. A la improcedencia de una integración puramente lógica del Derecho se refiere LIPARI, N.: “Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili”, en AA.VV.: *L'uso alternativo del Diritto*, II. *Ortodossia giuridica e pratica politica* (al cuidado de P. BARCELLONA), Laterza, Bari, 1973, pp. 37-44.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *La simulación*, Edisofer, Madrid, 2005.

ATIENZA, M.: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2003.

BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 2ª ed., 3ª reimp., Torino, 1960, pp. 526-530.

BETTI, E.: "Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 5, 1925, pp. 49-85.

BIANCA, C. M., PATTI G. y PATTI, S.: *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, 2ª ed., Milano, 2001.

BOBBIO, N.: s. v., "Norma" en *Enciclopedia* [Einaudi], IX, Einaudi, Torino, 1980, pp. 876-897.

BULTMANN, R.: "Das Problem der Hermeneutik", *Glauben und Verstehen*, II, Mohr, Tübingen, 1952.

CALAMANDREI, P.: "Massime d'esperienza in Cassazione", *Rivista di diritto processuale civile*, 1927, II, pp. 128 ss.

CANALE, D.: "La precomprensione dell'interprete è arbitraria?", *Ars interpretandi*, 2006, pp. 331 ss.

CAMARDI, C.: *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Giuffrè, Milano, 1997.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996.

CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico* (trad. esp. de M. Albaladejo), Aguilar, Madrid, 1956.

CARNELUTTI, F.: *La prueba civil* (con apéndice de G. P. Augenti y trad. esp. de N. Alcalá-Zamora y Castillo), Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1982.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Reus, Madrid, 1947.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: "La interpretación del testamento en el derecho común", *Revista de derecho privado*, 1973, pp. 277 ss.

CASTRO CID, B.: "Teoría del razonamiento jurídico de Recasens Siches", en AA.VV.: *La filosofía jurídica de Luís Recasens Siches*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974, pp. 229-240.

CATALANO, P.: *Contributi allo studio del diritto augurale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1960.

CEPOLLAE, B.: *Varii tractatus*, Haeredes Ioannis Mariae Bonelli, Venetiis, 1571.

COSENTINO, E.: "Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli", *Foro italiano*, 1995, I, I, cols. 1601 ss.

D'ANDREA, L.: *Il principio di ragionevolezza come criterio architettonico del sistema*, en AA.VV.: *La ragionevolezza nel diritto* (al cuidado de M. LA TORRE y A. SPADARO), Giappichelli, Torino, 2002, pp. 231 ss.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *Metodología y ciencia en el derecho privado moderno*, Edersa, Madrid, 1977.

DE NITTO, A.: "Processo e procedura in Domat", en AA.VV.: *L'educazione giuridica*, vol. VI, t. I, Esi, Napoli, 1994, pp. 80-103.

DE ROSATE, A.: *Trattatus illustrium in utroque tum pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum*, t. II, Venetiis, 1583.

DE RUGGIERO, L.: "Sul concetto di precomprensione", *Politica del diritto*, núm. 14, fasc. 4, 1984, pp. 577-598.

DEL CASTILLO DE SOTOMAYOR, J.: *De conjecturis*, 1726.

DÍEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008.

DONATI, A.: *Danno non patrimoniale e solidarietà. I limiti della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei supremi Collegi*, Cedam, Padova, 2004.

ESSER, J.: *Precomprensione e scelta di metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (trad. de S. Patti y G. Zaccaria, con introducción de P. Rescigno), Esi, Napoli, 1983.

ESSER, J.: *Vorverständnis und Methoden wahl in des Rectsfindung*, Frankfurt a. M., 1970.

FABER, A.: *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Colonia, 1630.

FAZZALARI, E.: *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960.

FERRARA, F.: *La simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, 5ª ed., Roma, 1922.

FINESTRES Y DE MONSALVO, J.: *Praelectio cervariensis sive commentarius accademicus ad titulum pandectarum de vulgari et pupulari substitutione*, Cervera, 1752.

GADAMER, H. G.: *Wahrheit und Methode*, 6ª ed., Tübingen, 1970.

GARCÍA AMADO, J. A.: "La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias", *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 45, 2000, pp. 103-129.

GARCÍA AMADO, J. A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

GARCÍA AMIGO, M.: "Interpretación del testamento", *Revista de Derecho Privado*, 1969, pp. 931 ss.

GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L.: *Contratos y Covid: el principio "pacta sunt servanda" y la regla "rebus sic stantibus"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GASCÓN ABELLÁN, M.: "Sobre la racionalidad de la prueba", en AA.VV.: *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (al cuidado de L. TRIOLO), Giapichelli, Torino, 2001, pp. 97-114.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: "Presuposición y riesgo contractual", *Anuario de Derecho Civil*, t. XL-2, 1987, pp. 525-600.

GENTILI, A.: *Senso e consenso (Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti)*, vol. I, Giapichelli, Torino, 2015.

GIRAUDOUX, J.: *Le théâtre complet*, vol. 6, Ides et calendes, Neuchâtel-Paris, 1946.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Sucesores de Ribadeneyra, Madrid, 1975.

HOY, D. C.: *Il circolo ermeneutico. Letteratura, storia e ermeneutica filosofica* (trad. it. de F. D'Agostini), Il Mulino, Bologna, 1990.

JORDANO BAREA, J. B.: "Comentario al art. 675 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. IX, vol. IA, Edersa, Madrid, 1991.

JORDANO BAREA, J. B.: *Interpretación del testamento*, Casa editorial Bosch, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Dykinson, 5ª ed. revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Madrid, 2011.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. III, Dykinson, 3ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2005.

LAINGUI, A.: "L'ordo iudiciarius selon saint Thomas", en AA.VV.: *L'educazione giuridica*, vol. VI, t. I, Esi, Napoli, 1994.

LEGENDRE, P.: *Il giurista artista della ragione* (al cuidado de L. AVITABILE con introducción de J. B. Ferri), Giappichelli, Torino, 2001.

LIPARI, N.: s. v., "Contratto e principio di ragionevolezza", en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto. I tematici*, I-2021. *Contratto* (dir. G. D'AMICO), Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 356-384.

LIPARI, N.: *Elogio della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2021.

LIPARI, N.: *Diritto civile e ragione*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2019, pp. 149-176.

LIPARI, N.: "L'uso alternativo del diritto oggi", *Giustizia civile*, 2018, pp. 75 ss.

LIPARI, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

LIPARI, N.: "Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili", en AA.VV.: *L'uso alternativo del diritto*, II. *Ortodossia giuridica e pratica politica* (al cuidado de P. BARCELLONA), Laterza, Bari, 1973, pp. 37-44.

LUNA SERRANO, A.: “Las máximas de experiencia en la jurisprudencia civil”, en AA.VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (al cuidado de R. FAVALE y L. RUGGERI), t. II, Esi, Napoli, 2020, p. 717-730.

LUNA SERRANO, A.: “Las máximas de experiencia en la reciente doctrina civil del Tribunal Supremo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2019, pp. 875-890.

LUNA SERRANO, A.: *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, Madrid, 2019.

LUNA SERRANO, A.: “Un apunte sobre la presuposición”, en AA.VV.: *Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García* (dir. E. MUÑOZ ESPADA), La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 339-362.

LUNA SERRANO, A.: *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 274-293.

MALINVAUD, F.: *Introduction à l'étude du droit. Cadre juridique des relations économiques*, Litec, Paris, 1992.

MENGGONI, L.: *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985.

MENGGONI, L.: “Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica generale”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII, 1978, pp. 128 ss.

NIETO, A.: *Balada de la justicia y de la ley*, Trotta, Madrid, 2002.

NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T. R.: *El derecho y el revés (diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces)*, Ariel, Barcelona, 1998.

MANTICA, F.: *Tractatus de coniecturis ultimorum voluntatum, in libros duodecim distinctus*, Venetiis, 1619.

MENOCHIUS, G.: *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Domenicum Tarinum, Augusta Taurinorum, 1594.

MUÑOZ SABATÉ, L.: *Suma de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, La Ley, 2ª ed., Las Rozas, 2011.

OLIBANI, A.: [Commentaris] *De actionibus. Pars secunda*, Typographia Gabrielis Graellii et Gerardi Dotillii, Barcinonae, 1645.

OTERO PARGA, M.: “La cuestión de la única respuesta judicial correcta”, en AA.VV.: *La argumentación jurídica. problemas de concepto, método y aplicación* (al

cuidado de F. PUY MUÑOZ y J. G. PORTELA), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, pp. 296-325.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Colex, Madrid, 2005.

PERLINGIERI, G.: *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil* (trad. del original italiano y prólogo de A. Luna Serrano), Dykinson, Madrid, 2016.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Profili di diritto civile*, Esi, Napoli, 2003, pp. 441 ss.

PERLINGIERI, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rassegna di diritto civile*, 2001, pp. 334 ss.

PIÉDELIÈVRE, A.: *Introduction à l'étude du Droit*, Maisson, Paris, 1981.

PIRAS, S.: "Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente", *Jus*, 1955, pp. 105 ss.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, vol. I., Casa Editorial Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1978, pp. 391-439.

PUIG BRUTAU, J.: "La interpretación de testamento en la jurisprudencia", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XII, 1962, pp. 511 ss.

RAMIRO RICO, N.: "El porvenir de los derechos individuales", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1949.

RAMIRO RICO, N.: *El animal ladino y otros estudios políticos* (con prólogo de F. Murillo y L. Díez del Corral), Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 135-159.

RECASENS SICHES, L.: "La filosofía del Derecho de Luís Recasens Siches. Autoexposición", en AA.VV.: *La filosofía del Derecho en España*, Universidad de Granada, Granada, 1975, pp. 339-377.

RECASENS SICHES, L.: *El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica*, Díanoya, México, 1955.

RESCIGNO, P.: *Interpretazione del testamento*, Jovene, Napoli, 1952.

ROCA SASTRE, R. M.: *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, Casa editorial Bosch, Barcelona, 1948.

SCARPELLI, U.: "Sull'analisi delle argomentazioni giudiziarie", *Quaderni del Foro Italiano*, 1970, col. 76 ss.

SCHAUER, F.: *Playing by the rules*, Clarendon, Oxford, 1991.

SCHIAVELLO, A.: "Positivismo inclusivo, oggettività ed interpretazione del diritto", en AA. VV.: *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (al cuidado de L. TRIOLO), Giapichelli, Torino, 2001, pp. 165-196.

SEGURA VEGA, M.: *Sobre la interpretación del derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.

STEIN, F.: *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Hirschfeld, Leipzig, 1893.

VAN DUNNÉ, J. M.: "El papel de los valores personales en el razonamiento jurídico", en AA.VV.: *Racionalidad e irracionalidad en la política y el derecho* (Actas del simposio de Filosofía del Derecho, Universidad de Deusto, abril 1987), Universidad de Deusto, Bilbao, 1990.

VEHWEG, T.: *Tópica y filosofía del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1987.

VIOLA, F.: "Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana", en VIOLA, F., VILLA, V. y URSO, M.: *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, Palermo, 1974, pp. 165-224.

VIOLA, F. y ZACCARIA, G.: *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013.

WINDSCHEID, B.: *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850.

WINDSCHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1887, pp. 311 ss.

WRÓBLEWSKY, J.: "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", *Archives de philosophie du droit*, núm. 17, 1972

ZACCARIA, G.: "Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser: un confronto con Ronald Dworkin", *Ragion pratica*, VI, núm. 11, 1998, pp. 137-156.

ZACCARIA, G.: *L'arte d'interpretare. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, pp. 18 ss.

ZACCARIA, G.: *Ermeneutica e giurisprudenza sulla metodologia di Josep Esser*, Giuffrè, Milano, 1984.

ZACCARIA, G.: "Precomprensione e controlli di razionalità nella prassi del giudice", *Rivista de diritto civile*, núm. 30, fasc. 3, 1984, pp. 313-321.