

Concepción normativa de las presunciones*

Por Juan P. Zuccarini¹

1. Introducción

Las presunciones se encuentran presentes en casi todas las ramas del Derecho y juegan un papel relevante en la praxis judicial. Sin embargo, la noción de presunción constituye –al igual que acontece con otros vocablos jurídicos– uno supuesto de disímil conceptualización por parte de los juristas.

La confusión que impera en torno a la noción de presunciones denota la falta de autonomía conceptual. Principalmente, ello se debe al uso poco riguroso que ha hecho la doctrina del término presunción, así como también diversos ordenamientos jurídicos, entre ellos el argentino.

A tal punto llega el grado de imprecisión que usualmente se las suele confundir con categorías jurídicas (ficciones, inferencias probatorias, reglas de valoración de la prueba, etc.) que denotan cierta similitud con éstas, pero que en verdad difieren en cuanto al contenido, finalidad y ámbito de aplicación.

Sin ánimos de dar por zanjada la discusión en torno a la conceptualización de las presunciones, la intención del presente trabajo es determinar una definición precisa de dicho término, a partir de la delimitación de su ámbito de actuación en el campo del Derecho.

En tal cometido, comenzaremos exponiendo las definiciones más usuales de presunciones que se suelen encontrar en los textos académicos, para luego centrarnos en la conceptualización que, según nuestro parecer, mejor refleja la esencia de esta figura jurídica, como es la que brinda el profesor alemán Leo Rosenberg en su clásica obra sobre carga de la prueba².

A partir de allí, examinaremos los elementos que conforman su estructura, los efectos que producen y la forma de contrarrestarlos, para finalmente deslindarlas de otras categorías jurídicas a las que la doctrina usualmente suele asimilarlas. Dicha delimitación conceptual irá acompañada de algunos ejemplos que nos brinda nuestra legislación nacional.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Ganador del Concurso de Ensayos Jurídicos de la UNR.

² Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba*, 2^a ed., tr. Ernesto Krotoschin, Montevideo - Bs. As., B. de F., 2002.

2. Concepción tradicional

Varios autores abocados al estudio del tema son contestes en señalar que en pocas instituciones jurídicas existe una mayor discrepancia dogmática como en las presunciones³. Tal como afirmaba Rosenberg hace más de medio siglo:

“En ninguna otra parte existe tal confusión entre el lenguaje y los conceptos como en la doctrina relativa a las presunciones. Se puede decir que hasta ahora no se ha logrado aclarar el concepto de la presunción. Se considera presunciones a todas las reglas relativas a la carga de la prueba del Código Civil o por lo menos a casi todas, a las reglas interpretativas del Código Civil y a las reglas sobre la carga de la prueba del Código de Procedimiento Civil”⁴.

A nuestro entender, la confusión imperante en torno al término presunciones se debe, primordialmente, al uso que habitualmente hacen los juristas para referirse a institutos jurídicos de diferente naturaleza y estructura (ficciones, normas supletorias, normas de valoración de la prueba, las denominadas verdades interinas o presunciones aparentes, etc.), que por lógica no pueden pertenecer a un mismo género.

En efecto, un grupo mayoritario de autores⁵ brinda una noción amplia del término presunciones, comprensiva de diversas clases o tipos. En términos generales, podemos decir que esta concepción considera a las presunciones como una operación mental y lógica, realizada por el legislador o el juez, basadas en el devenir normal de los acontecimientos naturales o humanos, que permite tener por existente un hecho desconocido a partir de otro cuya existencia se conoce.

En tal sentido, Montero Aroca sostiene que, independiente de la clase de presunción de la que estemos hablando, para que ésta sea tal, es imprescindible que tenga un hecho básico (o indicio), un hecho presumido y un nexo lógico entre los dos hechos (básico y presumido). Cuando este nexo lógico –explica el autor– es establecido por el legislador, estamos en presencia de una presunción legal; en cambio,

³ Cfr. Serra Domínguez, Manuel, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, Barcelona, Nauta, 1963, p. 611; Carreras Llansana, Jorge, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, “Revista Jurídica de Cataluña”, n° 3 y 4, 1962, p. 492. También Dellepiane pone de manifiesto la “gran confusión de ideas, la profunda anarquía de opiniones existente entre los autores que han escrito sobre la materia” (Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 1997, p. 55).

⁴ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 233.

⁵ Véase, entre muchos otros: Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial*, t. III, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 1956, p. 697; Palacio, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, 17ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2003, p. 506; Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro, *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Granada, Comares, 2007, p. 10 y ss.; Carreras Llansana, Jorge, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, p. 492 y ss.; Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 6ª ed., Bs. As., Zavalía, 1988, p. 694; Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 180 y 181. De La Colina, Salvador, *Derecho y Legislación Procesal*, t. II, 2ª ed., Bs. As., Lajouane, 1916, p. 116; Aguiló Regla, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, “Isegoría”, vol. 35, 2006, p. 11; Serra Domínguez, Manuel, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 28 y ss.; Oliva Santos, Andrés - Díez-Picazo Jiménez, Ignacio, *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2004, p. 374.

cuando el legislador brinda la posibilidad de que dicho nexo sea determinado por el juez para cada caso en particular, se trata de una presunción judicial⁶.

Por su parte, Serra Domínguez considera que en las presunciones es posible observar la existencia de una clara estructura, formada por un elemento que sirve de sustento a la actividad presuncional (afirmación base), el resultado de dicha actividad (afirmación consecuencia) y, finalmente, el enlace lógico o causal entre ambas afirmaciones⁷.

Como vemos, el fundamento de esta concepción tradicional descansa en la presencia de una estructura común en todas las tipologías de las presunciones, a partir de la cual se puede elaborar un concepto unitario que englobe a todas aquéllas. Esta composición propia de las presunciones radica en una tríada de elementos: un hecho base, un hecho presumido y el enlace entre ambos.

El hecho base es aquel a partir del cual el juez o el legislador elabora el razonamiento presuntivo. El hecho presunto es el objeto de la presunción, el punto de arribo del juicio presuntivo. Por último, se encuentra el enlace o nexo que permite el tránsito del hecho base al hecho presumido, el cual se funda en criterios de normalidad, leyes científicas de carácter universal, reglas lógicas, etcétera.

Como bien señala Gama Leyva, los adeptos a esta corriente hacen especial hincapié en el nexo inferencial (también denominado razonamiento, ilación, operación mental, inferencia, inducción, proceso mental, procedimiento lógico), no solo por ser el elemento dinámico que permite el desarrollo de la actividad presuntiva, sino también porque permite la clasificación de las presunciones de acuerdo a quién elabora dicho enlace lógico.

Cuando el legislador es el encargado de confeccionar, de forma previa y con carácter general, el enlace presuntivo, estamos frente a una presunción legal. En cambio, cuando es el juez el que –para el caso concreto– elabora el enlace que permite deducir el hecho presumido del hecho conocido, estamos ante una presunción judicial o humana⁸.

En tal sentido, Serra Domínguez señala que:

“La única distinción que verdaderamente hay que considerar como relevante es la que se refiere al enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida. Pero no atendiendo a la misma naturaleza del enlace, sino más bien al sujeto que lo establece... No interesa tanto la fuente del enlace, sino que el enlace se haya efectuado. En cambio, sí tiene una gran importancia el sujeto que ha intervenido en la elección de la máxima de experiencia integradora del enlace. Normalmente tal máxima será elegida y aplicada por la misma persona que debe efectuar dicho enlace, es decir, por la persona del juzgador. Pero en ciertos casos la elección de la máxima de experiencia a aplicar a una afirmación base determinada no es elegida por el juzgador, sino por el legislador, quedándole al

⁶ Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*.

⁷ Serra Domínguez, Manuel, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*.

⁸ Cfr. Gama Leyva, Raymundo, *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 57.

primero únicamente la posibilidad de aplicación de dicha máxima al caso concreto planteado”⁹.

En síntesis, para este grupo de juristas existe una asimilación conceptual entre las presunciones legales y las judiciales, por entender que ambas consisten en un silogismo racional inductivo, cuya única variante radica en el sujeto encargado (legislador o juez) de perfeccionar la relación lógica entre el hecho base y el hecho presumido. De modo que una definición amplia, unitaria y omnicompreensiva de todas las categorías de presunción se impone¹⁰.

3. Crítica a la concepción tradicional

A la par de los juristas que se esfuerzan por elaborar un concepto unitario de presunciones, existe otro sector de la doctrina que da cuenta de las dificultades que acarrea la asimilación conceptual de los diversos tipos de presunciones –judiciales y legales, y dentro de estas últimas, *iuris tantum*, *iuris et de iure*–¹¹.

En efecto, estos autores desisten de la posibilidad de elaborar un concepto unitario de presunciones, por considerar que son categorías jurídicas que presentan una heterogeneidad funcional que aconsejan un tratamiento por separado. En tal sentido, señalan que la noción tradicional de presunciones, entendidas como un razonamiento lógico-inductivo que va de un hecho conocido a un hecho ignorado, si bien puede ser apropiada para describir el fenómeno de las presunciones judiciales, no es apta para dar cuenta de qué son y cómo funcionan las presunciones legales.

Así, por ejemplo, Taruffo¹² señala que la noción de presunciones que brinda el art. 2727 del Código Civil italiano, entendida como la inferencia que realiza el juez para del hecho conocido al hecho ignorado, es plenamente aplicable a las presunciones judiciales. Sin embargo, dicha norma es insuficiente para conceptualizar a las presunciones legales. Por ello, concluye que es “absolutamente impropia y proviene de un

⁹ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 38 y 39.

¹⁰ “Cuando en la ciencia del derecho se utilizan repetidamente términos idénticos para designar situaciones o problemas distintos, es más avisado admitir que entre unos y otros existe un *genus común*, que escindir totalmente los fenómenos y atribuirles naturaleza distinta o negar la existencia de un grupo o categoría” (Carreras Llansana, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, p. 493).

¹¹ Véase Andrioli, Virgilio, *Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)*, en “Novissimo Digesto Italiano”, Torino, Unione Tipografico-editrice torinese, 1966, vol. XIII, p. 766 a 772; Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 233 a 281; Sacco, Rodolfo, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, “Rivista di Diritto Civile”, n° 2, 1957, p. 399 a 423; Taruffo, Michele, *Presunzioni (Diritto Processuale Civile)*, “Enciclopedia Giuridica Tecom”, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, XXIV, p. 2; Liebman, Enrico L. *Manual de derecho procesal civil*, tr. Santiago Sentis Melendo, Bs. As., Ejea, 1980, p. 295.

¹² Cfr. Taruffo, Michele, *Commentario al Codice Civile*, dirigido por P. Cedrón, Turín, Utet, 1991, vol. VI. p. 209, citado por Rengel Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, t. IV, Caracas, Arte, 1997, p. 457.

error conceptual consistente en considerar idénticos fenómenos que, en realidad, son distintos”¹³.

En igual sentido Sacco sostiene que en las presunciones judiciales lo relevante es el razonamiento establecido por el juez entre la afirmación base y la afirmación presumida, determinado por la conexión existente entre ambas afirmaciones, en tanto que en las presunciones legales serían únicamente reglas probatorias, que expresan una fórmula más de la carga de la prueba, en la que no es necesaria la dualidad de afirmaciones, por faltar, en ocasiones, la afirmación base, y cuya motivación no estaría dada por máximas de experiencia sino únicamente el *favor legis*¹⁴.

Del mismo modo, Liebman expresa:

“La presunción (simple u *hominis*) es la deducción del hecho probado de la verdad del hecho relevante en el proceso... Cosa completamente distinta son, en cambio, las presunciones legales: con ellas la ley (sustancial) tiende a dar una determinada configuración a una relación o estado jurídico y la dispensa de la configuración de uno de los hechos o requisitos que la integran”¹⁵.

Por nuestra parte consideramos desacertado –y hasta forzoso– englobar bajo un concepto general de presunción, categorías tan disímiles entre sí como son las presunciones judiciales (también denominadas simples, *hominis* o *facti*) y las legales (también llamadas jurídicas o *iuris*), y como subtipos de estas últimas las relativas (o *iuris tantum*) y las absolutas (o *iuris et de iure*). Y es que, a diferencia de la concepción tradicional, entendemos que no es idéntica la estructura que conforma cada una de aquellas tipologías.

En efecto, gran parte de las presunciones legales presentes en los ordenamientos jurídicos no responden al esquema de razonamiento inferencial que va de un hecho conocido a otro desconocido, por la simple circunstancia de que el hecho base de la presunción en muchas ocasiones no opera como indicio suficiente del que pueda inferirse lógicamente el hecho presumido. Por tanto, no presentan la estructura ternaria (hecho base - nexo lógico - hecho presumido) a la que tradicionalmente aluden los juristas.

Contrariamente a la postura doctrinal clásica que pone el acento en el nexo inferencial como elemento característico y aglutinante de las diversas clases de presunciones, consideramos que su presencia –a diferencia de las presunciones *hominis*– no es indispensable el caso de las presunciones legales. En estas últimas pasa a ser un elemento contingente, que puede o no ser tenido en miras por el legislador a la hora de pergeñar una disposición de este tipo. Motivaciones de otra índole

¹³ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, tr. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, p. 471.

¹⁴ Cfr. Sacco, Rodolfo, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, p. 399 y siguientes.

¹⁵ Liebman, *Manual de derecho procesal civil*.

(procesales, institucionales, políticas, sociales, etc.) pueden llevar a aquél a establecer una presunción de carácter legal¹⁶.

En otros términos, las normas de presunción no están establecidas para representar una verdad ni siquiera hipotética, sino para resguardar ciertos valores que el legislador considera digno de protección¹⁷. Su finalidad, por tanto, no es la búsqueda de la verdad, sino la protección de esos valores que el ordenamiento jurídico considera esenciales. Así, debemos admitir que cuando el legislador consagra una norma presuntiva puede perseguir otros fines diferentes a la obtención de decisiones que reflejen la verdad de los hechos, e incluso que podrían encontrarse en oposición a ésta.

Por ello, de acuerdo a nuestra opinión, la loable intención de algunos autores por elaborar una noción general de presunciones omnicompreensiva de sus diferentes variantes, inevitablemente desemboca en una ambigüedad terminológica que, lejos de garantizar un rol protagónico, obstaculiza su correcta aplicación. Pensemos que si cada vez que se recurre al término presunciones necesariamente se debe aclarar a qué categoría o especie de estas se hace referencia, el vocablo se torna una etiqueta vacía que “sirve a todo y, por ende, no sirve para nada”¹⁸.

De tal modo que a fin de sortear los inconvenientes ya referidos proponemos abandonar el tratamiento tradicional que se ha hecho del tema para centrarnos en aquellas conceptualizaciones que acotan el ámbito de aplicación de dicho término, a partir del reconocimiento de características específicas y no reiteradas en otros mecanismos de fijación formal de los hechos en el proceso (las ficciones jurídicas, las inferencias probatorias, normas supletorias, etc.).

En tal entendimiento, nos parece acertado el postulado de Rosenberg de reservar el término presunciones únicamente para las legales, excluyendo del tal precepto

¹⁶ Aguiló Regla realiza una enumeración de tipos de razones que pueden llevar al legislador a establecer una norma de presunción (*Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 18). Asimismo, Ullmann-Margalit brinda tres tipos de consideraciones o razones que justifican la elaboración de una norma de presunción: consideraciones probabilísticas (hay más o menos probabilidades de ocurrencia de Q o No Q, si P), consideraciones valorativas (la preferencia por las consecuencias de presumir Q o No Q, si P (Ullmann-Margalit, Edna, *On presumption*, “The Journal of Philosophy”, vol. 30, 1983, p. 154 a 162, citada en Mendonca, Daniel, *Presunciones*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, vol. 21, n° 1, 1998, p. 95; también en Aguiló Regla, Josep, *Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, vol. 22, 1999, p. 651).

¹⁷ “Las presunciones *iuris tantum*... no proporcionan información empírica a través de elementos de prueba, sino que son tan sólo normas jurídicas que, en consideración a ciertos valores, imponen dar por verdadera una situación que podría ser falsa, pero al mismo tiempo permiten que la verdad se haga valer mediante prueba en contrario” (Gascón, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 130).

¹⁸ Matida, Janaina, *En defensa de un concepto mínimo de presunción*, “Jueces para la democracia: información y debate”, n° 93, diciembre, p. 107 y 108.

a las judiciales, a las que designa como *principios fundados en la experiencia*¹⁹. Lo explica del siguiente modo:

“Si bien ambas –presunciones legales y principios fundados en la experiencia– han sido establecidos para la apreciación de indicios, las primeras por la ley, por eso con fuerza obligatoria, en cambio, las segundas como manifestaciones de la experiencia y decisivas sólo gracias a su influencia en la convicción del juez. La diferencia entre ambas radica en sus efectos. En virtud de un principio de experiencia, el juez, por medio de la libre apreciación de la prueba, saca del estado de cosas comprobado la conclusión de que la afirmación discutida es verdadera, la consecuencia es que a la otra parte le queda abierta la posibilidad de una contraprueba pero sin que para ello disponga del medio de audiencia de parte, y que esa actividad del juez, como comprobación de un hecho, se sustrae al examen de un tribunal de revisión. En cambio, el juez toma al hecho presunto por base de su sentencia sin recepción de prueba, no es el juez quien de los presupuestos de la presunción saca la conclusión relativa al hecho presunto, sino que lo hace la ley”²⁰.

De forma similar Thayer propone diferenciar entre presunciones entendidas como inferencias o como reglas jurídicas. Las reglas de presunción obligan al magistrado a aplicar las consecuencias jurídicas de la norma. En cambio, las presunciones como inferencias permiten establecer la existencia de hechos. En su opinión, las inferencias permisibles –*permissible inferences*– determinan que cierta situación puede inferirse en determinadas circunstancias. En tanto que, las reglas de presunción establecen que deben atribuirse tales efectos a determinados hechos²¹.

Y es que las presunciones judiciales no son más que una operación de razonamiento cuya fuerza de convicción descansa en el *expertise* del juzgador. En tanto que

¹⁹ Gama Leyva señala que hay un consenso generalizado en la doctrina en reconocer el mérito de acuñar el enunciado de “máxima de la experiencia” a Friedrich Stein en su libro *El conocimiento privado del juez* (Gama Leyva, Raymundo, *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, p. 132). Por su parte, Serra Domínguez explica que Stein fue quien pergeñó dicha noción al señalar los límites a los que estaba sometido el conocimiento privado del juez dentro del proceso, en el contexto del movimiento codificado que había intentado reducir a la mínima expresión las facultades del juez. Stein califica a las máximas de experiencia como definiciones o juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, adquiridas mediante la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación se infieren y fuera de los cuales adquieren valor para otros casos” (Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 32).

²⁰ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 245.

²¹ Thayer, James Bradley, *A preliminary treatise on evidence at the common law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1898, citado por Gama Leyva, *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, p. 165. También Graham pone de manifiesto la diferencia existente entre inferencias y presunciones: “Aunque las palabras inferencia y presunción son usadas algunas veces intercambiamente, de ninguna manera son sinónimos. Una inferencia es una conclusión en cuanto a la existencia de un hecho por la consideración de otros hechos en el curso usual del razonamiento humano. Con una inferencia si el hecho A se establece, el hecho B puede ser deducido del hecho A través de razonamiento y lógica. Una inferencia es así, una deducción que puede colegir quien busca establecer los hechos conforme a su propia discreción, aunque no es requisito colegirla como materia legal. Recorriendo casos y literatura, uno encuentra el empleo de los términos presunción (*presumption*), presunción de hecho (*presumption of fact*) y presunción permisiva (*presumption permissive*), para referirse a hechos básicos, los cuales, si se encuentran, permiten más no exigen al juez de hecho, Zuccarini, *Concepción normativa de las presunciones*

las presunciones legales derivan por completo de reglas positivas de derecho. Por lo tanto, ambos supuestos no pueden ser especies de un mismo género, y menos aún quedar comprendidos en un único concepto.

Luego de esta primera distinción, Rosenberg divide a las presunciones legales en *presunciones de hecho* y *presunciones de derecho o de un Estado de derecho*. Las primeras son “aquellos preceptos jurídicos que deducen la existencia de un hecho que se requiere como característica definidora de un efecto jurídico, de una circunstancia ajena a esa característica”²². Las segundas, en cambio, “se refieren a la existencia o inexistencia actual de un derecho o de una relación jurídica”²³.

Con respecto a las presunciones legales de derecho (*Rechtsvermutungen*) cabe aclarar que, si bien han sido ampliamente tratadas por la doctrina procesal alemana, no así por los procesalistas de otras latitudes²⁴.

Las presunciones legales de hecho y de derecho se encuentran en la misma relación que los elementos de hecho y de derecho que componen una norma. En efecto, mientras las primeras permiten deducir la existencia de uno o varios de los presupuestos de hecho previstos en el antecedente de la norma, las segundas están dirigidas a declarar la existencia o inexistencia de un derecho o una relación jurídica enunciado como efecto jurídico en el consecuente de la disposición legal.

Entonces, en orden a establecer un concepto de presunción comprensivo de las ideas hasta aquí expuestas, que nos sirva de guía en el desarrollo del presente estudio, podemos definir a las presunciones como **preceptos legales que permiten concluir la existencia del presupuesto de hecho de una norma (el hecho objeto de la presunción) a partir de la existencia de un hecho distinto (hecho base de la presunción); o también permiten concluir la concurrencia o no de un derecho**

en ausencia de evidencia refutante, alcanzar una conclusión. Debido a que los términos presunción, presunción de hecho o presunción permisiva, bajo circunstancias en las que el juez de hecho no requiere como cuestión de derecho llegar a una conclusión, fallan en cuanto a su coincidencia con la definición aceptada de presunción, su empleo debería ser discontinuado. Cuando no se requiera por norma legal llegar a una cierta conclusión, pero puede hacerlo mediante el empleo del razonamiento y la lógica del hecho A al hecho B, debe hacerse referencia a una inferencia y no a una presunción” (Graham, Michael H., *Evidence, Text, Rules, Illustrations and problems*, EEUU, National Institute for Trial Advocacy, 1983, p. 765, citado en Parra Quijano, Jairo, *Reflexiones sobre las presunciones*, “Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal”, vol. 8, 1989, p. 15).

²² Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 238.

²³ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 262.

²⁴ Cfr. Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 43. De acuerdo a Hedemann “las presunciones de derecho (*Rechtsvermutungen*) hallan por primera vez acogida como categoría especial en la 2ª ed. (1898) de la Handausgabe de Fischer-Henle, ‘Einleitung’, n° 9. En los trabajos preparatorios del Cód. Civ. al. se había ya atendido a la cuestión de si tales presunciones representaban alguna especialidad, de la misma manera que ya Unger, junto a las presunciones sobre hechos concretos, menciona también las presunciones relativas a una titularidad de derecho” (Hedemann, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, tr. Luis Sancho Seral, Bs. As., Olejnik, 2019, p. 173).

o vínculo jurídico (derecho o vínculo objeto de la presunción) de un hecho diferente del que se establece como su presupuesto de hecho usual²⁵.

4. Estructura de las presunciones

Con arreglo a la definición brindada en el apartado anterior, pasaremos a analizar los elementos que conforman la estructura básica de toda presunción. Elementos que resultan esenciales y cuya ausencia permite diferenciar de otras figuras afines, usualmente denominadas como presunciones por la ley o la jurisprudencia.

En primer lugar, está el *hecho base*, también denominado indicio²⁶, presupuesto de la presunción o afirmación base. Teniendo en cuenta que en el proceso lo que se pretende afirmar es la verdad no de hechos sino de enunciados sobre los hechos²⁷, consideramos que sería más conveniente referirse a este elemento como *afirmación o enunciado base*²⁸.

Es el punto de partida de la presunción. Consiste en un supuesto fáctico diferente del hecho presunto, y cuya acreditación *a priori* resulta ser más simple. En algunas ocasiones la afirmación base puede estar compuesta por dos o más hechos²⁹.

Rosenberg hace especial hincapié en que el presupuesto de la presunción debe ser siempre una “circunstancia fuera del estado de cosas” que produce el efecto

²⁵ Hess, Burkhard - Jauernig, Othmar, *Manual de derecho procesal civil*, tr. de Eduard Roig Molés, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 310.

²⁶ Cfr. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, tr. de José Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1925, p. 351; Devis Echandía define al indicio, del siguiente modo: “Un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos” (Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 587). Dellepiane lo conceptualiza como “todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido” (Dellepiane, *Nueva teoría de la prueba*, p. 56). Carreras Llansana afirma que el indicio “es el hecho base del cual parte el juicio sobre probabilidad legal o judicial, al que denomina *thema probatum* para diferenciarlo del hecho presunto o *thema probando*” (Carreras Llansana, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, p. 565). Por su parte, Serra Domínguez señala que dicho término se presta a confusión ya que se le ha dado un significado excesivamente amplio, por lo que prefiere prescindir de tal vocablo y en su lugar utilizar la expresión afirmación base (Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 28).

²⁷ Gascón Abellán, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 50.

²⁸ Cfr. Gama Leyva, *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, p. 128.

²⁹ En tal sentido, Muñoz Sabaté distingue las presunciones básicas, que serían aquellas conformadas exclusivamente por un indicio, de las presunciones polibásicas que se distinguen por estar compuestas por un conjunto de indicios o hechos base (Muñoz Sabaté, Luis, *Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Barcelona, Praxis, 1983, p. 193).

jurídico en cuestión³⁰. Para brindar mayor claridad cita como ejemplo una norma del Código Civil Alemán (BGB) vigente al momento de la redacción de su obra:

“El § 1253, inc. 1, hace depender la extinción del derecho de prenda de que el acreedor prendario *devuelve* la prenda al deudor o al propietario; el inciso segundo presume la devolución cuando la prenda es *poseída* por el deudor o el propietario. Solo la devolución de la prenda surte el efecto de extinguir el derecho. La devolución puede haberse hecho sin que el que recibió el objeto (propietario o deudor) lo tenga todavía en su poder en este momento. Quien en tales circunstancias hace valer la extinción del derecho de prenda debe afirmar y, en caso de disputa, probar que el acreedor prendario devolvió la prenda al deudor o al propietario. Pero la ley ‘presume’ la devolución si la prenda se halla en posesión del deudor o del propietario; quiere ello decir, que es suficiente probar la posesión para que el juez haga constar realizados los presupuestos de la devolución del derecho de prenda y como cumplida la extinción... Así pues, solo la devolución es característica definidora de la norma; pero de la posesión del objeto de la prenda, que por sí no tiene importancia para la extinción, se saca la conclusión de que aquella característica existe”³¹.

En general, los autores destacan el carácter instrumental de la afirmación base, ya que solo reviste importancia en tanto sirve de fuente para extraer la afirmación consecuencia³².

El segundo elemento que compone a la presunción es el *hecho presunto* o *presumido*. Nuevamente conviene recordar que en el plano del proceso el hecho es en realidad la enunciación de éste, “no el objeto empírico que es enunciado”³³, por cuanto sería más correcto hablar de *afirmación resultado*, *afirmación consecuencia* o *afirmación presumida*.

Es el punto de destino de la presunción, la causa-fin por la cual ésta fue consagrada legislativamente. A diferencia de la afirmación base –cuyo carácter es meramente instrumental– la afirmación presumida reviste suma importancia. Esto se debe a que contribuye inexorablemente a la formación del antecedente fáctico –característica definidora en la terminología de Rosenberg– de la norma cuya consecuencia jurídica se pretende aplicar³⁴. Por lo general, la afirmación presumida constituye un

³⁰ Cfr. Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 238. Serra Domínguez también marca tal distinción, pero poniendo el acento en la afirmación presumida, cuya característica principal es su diversidad respecto de la afirmación base. Lo ejemplifica del siguiente modo: “Si a la afirmación base la señalamos con la expresión A + B, la afirmación consecuencia tiene que ser forzosamente distinta de A, de B y de A + B. En otro caso no existiría en propiedad una nueva afirmación, sino un desglose de parte de la afirmación básica. Con la presunción se extraen nuevas afirmaciones, si no desintegran afirmaciones ya existentes” (Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 31).

³¹ Rosenberg, *La carga de la prueba*.

³² Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 30.

³³ Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 114.

³⁴ Cfr. Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 30.

supuesto fáctico de ardua o imposible demostración, del cual se deriva la consecuencia jurídica de un precepto normativo.

En efecto, las normas de fondo establecen los presupuestos que deben concurrir indefectiblemente para que nazcan derechos y obligaciones. Sin embargo, en ciertas ocasiones la prueba positiva de todos y cada uno de ellos se torna particularmente difícil o imposible. Por lo tanto, el legislador mediante la creación de presunciones facilita dicha prueba, a fin de evitar que las normas proyectadas se tornen ineficaces³⁵.

En el caso de las presunciones de derecho la afirmación presumida no apunta a comprobar hechos, sino directamente un derecho o una relación jurídica³⁶. Rosenberg aclara que este tipo de presunciones únicamente presumen que en la actualidad el derecho o la relación jurídica existen o no, pero no se útiles para presumir el momento de su nacimiento o extinción. Esto se debe a que justamente este tipo de presunciones no apunta a presumir el estado de cosas (antecedente fáctico) necesario para el nacimiento o la extinción del derecho o de la relación jurídica, sino que únicamente presumen que en la actualidad el derecho o la relación jurídica existen o no. Por ello, “las presunciones de derecho son más bien presunciones de un estado de derecho actual y, por eso, se las llamaría mejor presunción de estados de derechos”³⁷.

Por su parte, Serra Domínguez critica la distinción entre presunciones legales de hecho y de derecho, pues considera que estas últimas también refieren a hechos. La afirmación presumida de tales presunciones –sostiene el autor– implica la concurrencia de alguno de los presupuestos de existencia del derecho o de la relación

³⁵ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 51.

³⁶ Rosenberg, Leo - Schwab, Karl Heinz - Gottward, Peter, *Zivilprozessrecht*, 17 ed., C.H. Beck, München, 2010, § 112, párr. 35; Musielak, Hans-Joachim (ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 9 ed., Franz Vahlen, München, 2012, p. 993, citado por Correa Robles, Carlos, *La presunción de hecho como figura jurídica en el derecho procesal civil alemán*, “Revista de Estudios de la Justicia”, n° 20, 2014, p. 120.

³⁷ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 266. “No se presume que se haya adquirido el derecho de alguna manera o que haya nacido la relación jurídica, sino que existe; no se presume que el derecho cancelado en el registro no haya nacido o que se haya extinguido, sino que no existe. Una presunción que únicamente se referiría a la adquisición de un derecho (de este modo E, I [primer proyecto de BGB], § 826) o al nacimiento de una relación jurídica, sólo tendría por objeto la existencia de los hechos constitutivos del derecho y, a lo sumo, la ausencia de los hechos impeditivos, pero no la ausencia de los hechos excluyentes y de los destructores, y sólo podría tener en cuenta un determinado estado de cosas como fundamento del nacimiento del derecho; en cambio, la presunción de la existencia actual del derecho prescinde de todos los hechos de los cuales podría concluirse esta existencia actual. Del mismo modo, la presunción de que un derecho no existe contiene mucho más que la simple presunción de que el derecho se haya extinguido (en este sentido E, I §826), esto es, la presunción de un hecho destructor; por otro lado, comprende también el caso de que el derecho no haya llegado a nacer por falta de un hecho constitutivo o por la presencia de un hecho impeditivo; sin embargo, prescinde de todos estos hechos, de los cuales la reflexión jurídica podría y debería concluir la inexistencia actual del derecho. La consecuencia es que la presunción de derecho no sirve, cuando se trata del momento del nacimiento o de la extinción del derecho o de la relación jurídica. Pues el estado de cosas supuesto por la presunción de derecho no coincide con el estado de cosas decisivo para el nacimiento o la extinción del derecho o de la relación jurídica y, por eso, no contiene referencia alguna a un acontecimiento determinable por el tiempo, el que podría haber producido aquella consecuencia” (p. 263 y siguientes).

jurídica, o bien, de forma unitaria de la totalidad de dichos presupuestos al declarar la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica. En cualquiera de los casos, lo presumido son circunstancias de carácter fáctico. Por tal motivo discrepa con Rosenberg en cuanto a la imposibilidad de presumir el nacimiento o la extinción del derecho o la relación jurídica³⁸.

5. Carga de la alegación

Teniendo en cuenta la regla de la congruencia procesal, en virtud de la cual a la hora de fallar el juez se encuentra vedado de tomar en consideración hechos que no hubieran sido aportados por los litigantes, el debate gira en torno a la necesidad –o no– de la alegación de parte de los dos componentes (afirmación base y afirmación presumida) que conforman la estructura de las presunciones. No caben dudas de que lo óptimo sería que la parte que pretenda beneficiarse con la aplicación de una presunción alegue en el proceso el enunciado presuncional completo. Pero ¿qué ocurre cuando se omite la alegación de uno u otro componente o ambos?

El último supuesto no genera mayores discusiones en la medida en que no habiendo sido introducidas –por los litigantes– al proceso ninguna de las afirmaciones que componen la presunción, mal puede el juez aplicar esta última sin incurrir indefectiblemente en el vicio de incongruencia procesal. Mayores dificultades revisten los otros dos escenarios.

Al respecto, Rosenberg afirma lo siguiente:

“Pero como el juez debe aplicar las normas de la presunción como cualquier otro precepto jurídico, una vez introducidos sus presupuestos en el proceso y habiéndose ello comprobado, debe ser suficiente que la parte favorecida por la presunción sólo afirme el estado de cosas correspondiente a la presunción; no siendo necesario afirmar el mismo hecho presunto debido a que el juez, aplicando la norma de la presunción, debe tomarlo sin más por base de su sentencia, si se afirma el fundamento de la presunción y se prueba en caso de ser discutido”³⁹.

³⁸ “Así afirma [Rosenberg] que del estado de cosas presupuesto sea decisivo para el nacimiento y extinción del derecho, y pone como ejemplo la presunción registral de legitimidad del derecho inscrito, alegando que el juez hace efectiva la inscripción únicamente a base del consentimiento respectivo del afectado pasivamente, sin investigar ni examinar los presupuestos materiales de la adquisición del derecho. Pero conviene notar que el ejemplo aducido se vuelve contra su autor, en cuanto la afirmación propiamente presumida no es, como quiere Rosenberg, tanto la existencia del derecho, sino más bien la concurrencia de todos los presupuestos que determinan tal derecho, afirmación cuyo carácter fáctico es innegable. Es decir, el juzgador, ante la afirmación instrumental de que el sujeto pasivo ha consentido una determinada inscripción, y aplicando el principio de normalidad según el cual el que consiente la inscripción de un derecho ajeno y presta su asentimiento a la misma, admite la existencia de tal derecho, deduce la lógica consecuencia de que se da todos los presupuestos requeridos por la ley para la declaración del derecho. Y una vez sentado este juicio de hecho, aplica las normas relativas a tal derecho. Pero, aunque ambas operaciones se efectúen simultáneamente no hay que olvidar la separación lógica que debe existir entre ambas” (Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 44 y 45).

³⁹ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 253.

De acuerdo con esta postura alcanza con alegar el hecho base, sin que sea necesario afirmar el hecho presumido, el cual debe ser extraído por el juzgador por mandato legal.

Serra Domínguez, por el contrario, da preeminencia a la afirmación del hecho presumido por sobre el hecho base:

“Alegada por la parte la afirmación que, a través de la prueba será presumida, no es menester la alegación de la afirmación base. Tal afirmación base, como ya hemos dicho, es irrelevante en el proceso, y solo tiene sustantividad en relación a la afirmación que de ella pueda presumirse. El juzgador deberá admitir la prueba de tal afirmación aun cuando no haya sido alegada, pues si bien la afirmación en sí no es relevante, sí lo es la prueba de la misma, por las afirmaciones que el juzgador podrá extraer y que conoce en cuanto contenidas en una norma legal. Una vez probado positivamente la afirmación base, y extraídas de ellas las afirmaciones presumidas, se desvanece la importancia de las primeras”⁴⁰.

Por su parte, Hedemann aboga por la necesidad de alegar tanto el hecho base como el hecho presumido:

“En efecto, la proposición objeto de presunción y la proposición material que se agrega a la presunción son dos normas distintas. Y han de ser afirmados los supuestos de ambas normas, o sea en el ejemplo anterior, hay que afirmar *a* y *b* como supuesto de la norma (material) decisoria, y *c* como supuesto de la norma (procesal) sin valor de finalidad en sí misma que es la presunción”⁴¹.

Según nuestro parecer resulta más acertada la tesis de Hedemann. En efecto, la doctrina es pacífica en sostener que las normas jurídicas –en su gran mayoría– presentan una estructura condicional, que hace depender la consecuencia jurídica de la comprobación de ciertos hechos descriptos en su antecedente⁴². Siendo que las dos afirmaciones que componen a una presunción –como bien señala Hedemann– son el antecedente fáctico de preceptos jurídicos diferentes, corresponde que el litigante interesado afirme tanto el presupuesto de la norma decisoria del caso (afirmación presumida), como el presupuesto de la norma de presunción (afirmación base) que lo beneficia.

Por tal motivo, en caso de que se omitiera la alegación de alguna de las dos afirmaciones, el juez se encontraría frente a los siguientes escenarios: si no se alegó la afirmación base, el magistrado se vería impedido de aplicar la norma presuncional, por la razón ya expuesta de la regla de la congruencia procesal. En cambio, si lo que se omitió alegar es la afirmación presumida, aquél podría aplicar la norma de presunción sin ningún cuestionamiento, pero devendría en inútil en la medida en que lo que

⁴⁰ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 150.

⁴¹ Hedemann, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, p. 180.

⁴² Terrasa, Eduardo, *Aplicación judicial del derecho: estructura de la norma y carga de la prueba*, en Alvarado Velloso, Adolfo (dir.), “El juez y la prueba”, Colección Ensayos Procesales, Rosario, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, p. 5.

ahora le estaría vedado –también por la regla de la congruencia– sería la aplicación de norma jurídica útil para la resolución de caso.

Asimismo, podemos añadir un argumento extra a esta postura. Si solo existiera la carga de afirmar el hecho base –tal como lo sostiene Rosenberg–, o únicamente el hecho presunto –como señala Serra Domínguez–, se le estaría privando a la contraparte la posibilidad de producir contraprueba de la afirmación base o probar en contra de la afirmación presumido, tal como se verá en el punto 7 del presente trabajo.

6. Efectos de las presunciones sobre la carga de la prueba

La mayoría de los autores –en especial los que siguen la línea del derecho germánico⁴³– consideran que las presunciones ejercen influencia sobre la carga de la prueba, discrepando entre sí respecto a cuál es el efecto que aquéllas despliegan sobre esta última⁴⁴. Así, para algunos juristas las presunciones producen un alivio o facilitación de la carga de la prueba⁴⁵. Otros, en cambio, hablan de una inversión del *onus probandi*⁴⁶. Finalmente, hay un tercer grupo considera que existe una exención de prueba⁴⁷.

Esta disparidad de criterios se debe, como ya señalamos, a la falta de claridad conceptual para diferenciar entre verdaderas presunciones y otras categorías jurídicas de rasgos similares. En efecto, existen normas que, sin otra suposición previa, exoneran a la parte favorecida de probar uno o más presupuestos del antecedente fáctico necesario para la aplicación de la consecuencia jurídica, de modo que el litigante se libera –en parte– de la carga de probar y ésta pasa a su adversario (prueba respecto a la falta del presupuesto). De ahí que algunos autores sostengan que el efecto principal de las presunciones es la inversión de la carga de la prueba o lisa y llanamente la exoneración de ésta. Un claro ejemplo son las disposiciones que establecen la

⁴³ Serra Domínguez explica que el origen del interés por la relación existente entre las presunciones y la carga de la prueba surge en la escuela procesalista alemana del siglo XIX, y sus intentos desmedidos por la regulación de la carga de la prueba, lo que derivó en una hipertrofia que acaparó otras figuras procesales no vinculadas con aquella (Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 58).

⁴⁴ Vid. Micheli, Gian A., *La carga de la prueba*, tr. Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ejea, 1961, p. 195; Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 346.

⁴⁵ Cfr. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, tr. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Uteha, 1944, p. 546; Pietro Castro, Leonardo, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1959, p. 298, citado por Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 164.

⁴⁶ Cfr. Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial*, t. III, p. 691; De Pina, Rafael, *Tratado de las pruebas civiles*, México DF, 1942, p. 234, citado por Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 164.

⁴⁷ Cfr. Hedemann, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, p. 186.

onerosidad en el derecho civil⁴⁸, y que usualmente se las suele considerar como presunciones.

Sin embargo, conforme a la definición de presunciones que apuntábamos más arriba, no es posible aceptar que dichas disposiciones formen parte de tal noción, sino que más bien responden a una categoría jurídica diferente, comúnmente denominadas *verdades interinas* o *presunciones aparentes*. Dichos preceptos, si bien adoptan la forma de presunciones, en realidad son reglas de reparto o distribución del *onus probandi*.

En cambio, las presunciones solo permiten la comprobación de determinados hechos a través de la prueba de otros distintos, ello quiere decir que el beneficiado por la presunción queda relevado de probar el hecho presunto, pero de ningún modo supone que el favorecido por la regla de presunción queda liberado de la carga de probar, pues aún está obligado a introducir y probar la afirmación base de la presunción.

De acuerdo con ello, Rosenberg opina que no es exacto afirmar que las presunciones provocan una excepción en el principio de la carga de la prueba. En efecto, también en ellas se reafirma la regla de que cada parte debe probar la existencia de los hechos de cuya comprobación depende la aplicación de la norma que le es favorable, es decir, los presupuestos de la norma de presunción, pues de lo contrario, ésta no podría aplicarse. Por ello, concluye que la presunción únicamente una modificación del *tema de prueba*, y no de los principios relativos a la distribución de la carga de la prueba⁴⁹.

Asimismo –Rosenberg– llega a la conclusión de que dependiendo de qué lado se lo vea, se trata de un simple debate terminológico determinar si la presunción invierte la carga de la prueba y releva de ésta al beneficiado por la presunción, o si simplemente alivia dicha carga, ya que en lugar del hecho presunto deben probarse los presupuestos de la presunción⁵⁰.

Coincidimos con Rosenberg en cuanto a que las presunciones modifican el tema de prueba⁵¹, sin alterar la atribución general del *onus probandi*. En efecto, las

⁴⁸ Por ejemplo: arts. 1322, 1357, 2135 y 2170 del CCyC.

⁴⁹ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 252.

⁵⁰ “Desde el punto de vista de la parte favorecida por la presunción es dable hablar de un alivio de la prueba –a no ser que la base de la presunción sea siempre segura sin más, como, por ejemplo, en el caso de la VerschG, § 9, I–, ya que en lugar de los presupuestos propios de la consecuencia jurídica, debe probar los presupuestos de la presunción; desde el punto de vista del adversario se preferirá hablar de una inversión de la prueba, pues tiene que probar los contrario del hecho presunto. Sin embargo, esta terminología no exterioriza, objetivamente, divergencia alguna” (Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 253). En igual sentido, Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Madrid, 1945, p. 379; Fenech, Miguel, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., t. I, Barcelona, s/f, p. 60, ambos citados por Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 164.

⁵¹ Utilizo la expresión tema de prueba para referirme a aquellos hechos que en determinado proceso concreto deben ser materia de la actividad probatoria, conforme a los datos controvertidos del debate o que son de demostración necesaria. No debe confundírsela con la noción de objeto de la prueba, la cual se relaciona con lo que puede probarse en general en todo proceso. Mientras éste es general y abstracto, el tema o necesidad de prueba es específico y concreto (ver Devis Echandía, Zuccarini, *Concepción normativa de las presunciones*

normas sobre presunción alivian considerablemente la actividad probatoria, en la medida en que el objeto a probar se modifica o se ve duplicado⁵². Hay un desplazamiento que va desde la acreditación de los complejos hechos que conforman el antecedente de la norma aplicable al caso, a los presupuestos de la presunción cuya acreditación resulta más sencilla⁵³.

Podemos concluir entonces, que la parte que invoca a su favor una presunción se libera de la carga de acreditar el supuesto presumido, a cambio de probar la afirmación base de la presunción. Existe, por tanto, una variación del *thema probationis*, de lo que se desprende un aligeramiento y no una dispensa de prueba. Así, la obligación de probar no ha sido invertida y sigue en cabeza de la misma parte.

7. Anulación de los efectos

Según Hedemann, se logra la destrucción (*Widerlegung*) de la presunción mediante la prueba de lo contrario, en tanto que se obtiene la eliminación (*Beseitigung*) de la presunción con la contraprueba que demuestra la falta de los presupuestos necesarios para que la presunción se dé⁵⁴.

Por su parte, Rosenberg explica que el efecto de las presunciones puede anularse por medio de la contraprueba dirigida a desvirtuar el supuesto base de ésta. Cuando ello acontece, cesan los efectos de la presunción, por lo que no se puede tener por aceptada la preposición presumida, amén de la posibilidad de la parte sobre la cual recae la carga de la prueba de poder acreditarla por otras vías. Pero también pueden anularse las presunciones, en cuanto tal, mediante prueba de lo contrario que establezca que el hecho o el derecho presumido no existen. Para ello no alcanza con acreditar la mera posibilidad del acaecimiento de una circunstancia distinta, sino que se exige a la contraparte la plena prueba de lo contrario. Esta prueba, por ser prueba principal, debe llegar a convencer totalmente al juez de la inexistencia del hecho o

Compendio de la prueba judicial, t. I, p. 89; Alvarado Velloso, Adolfo, *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2006, p. 31).

⁵² Oliva Santos y Díez-Picazo Jiménez afirman que hay duplicación de objeto a probar porque la parte podría alcanzar el éxito probatorio tanto si confirma el hecho base como si prueba el hecho presunto (Oliva Santos - Díez-Picazo Jiménez, *Derecho procesal civil: El proceso de declaración*, p. 421). En igual sentido, Picó I Junoy, Joan, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 2033; Carreras Llansana, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, p. 348. Chocron Giraldez, habla de “apertura de posibilidades probatorias” (Chocron Giraldez, Ana M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la presunción de duración indefinida del contrato de trabajo*, Murcia, Laborump, 2004, p. 38), todos citados en Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro, *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, p. 125.

⁵³ En igual sentido, Aguiló Regla afirma que las presunciones implican, más que una inversión de la carga de la prueba, una modificación del *thema probandi*, dado que la distribución de la carga de la prueba no afecta a quién tiene que probar, pero sí a los hechos que se tienen que probar: el hecho presumido sólo podrá ser tenido en cuenta cuando la parte favorecida por él haya acreditado el hecho base. La parte contraria —concluye— cuando este último haya sido probado, tendrá bien que atacar la prueba del hecho base, bien que atacar el hecho presumido (Aguiló Regla, *Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca*, p. 652).

⁵⁴ Hedemann, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, p. 155.

derecho presumido. Cuando la presunción tiene por objeto varios presupuestos de la norma jurídica cuyo efecto se desea aplicar, alcanza con que se demuestre la inexistencia de uno solo de ellos⁵⁵.

En cuanto a la contraprueba, Serra Domínguez afirma:

“Si la contraprueba ofrecida tiene éxito, el juzgador no puede aceptar la afirmación base de la presunción y, por consiguiente, al faltar el presupuesto necesario para sumisión del juez a la norma de presunción, ésta no produce en el proceso efecto alguno. No ya es eliminada como afirma Hedemann, ni anulada al decir de Rosenberg, la presunción, sino que permanece al margen del proceso, sin haber influido para nada en el mismo. La presunción como actividad intelectual del juez no llega a producirse”⁵⁶.

En cambio, entiende que en la prueba de lo contrario se da una dinámica totalmente diferente:

“Ésta, en realidad, sólo tiene relevancia en el proceso cuando el juzgador ha aceptado la afirmación base. Si la ha rechazado, bien por no haberse conseguido la prueba positiva de la afirmación base, bien por haber tenido tal prueba resultado negativo, los resultados de la prueba en contrario son totalmente infructuosos. El problema puede plantearse con respecto a los efectos de la prueba en contrario. ¿Producirá ésta una destrucción de los efectos de la presunción, o impedirá la formación de tal presunción? En el primer caso la presunción existe, pero sus efectos son contrarrestados; en el segundo caso la presunción no tan siquiera llega a nacer... Desde dicho punto de vista, hemos de tener en cuenta que la prueba de lo contrario presenta una regulación idéntica a los demás medios de prueba. Por consiguiente, una vez trasladadas las afirmaciones instrumentales a presencia del juzgador, éste en la fase de fijación, y con anterioridad a la formación de cualquier presunción, aceptará o no tales afirmaciones. La obtención del resultado de la prueba en contrario es, pues, lógicamente anterior a la formación de la presunción. Y si existe una afirmación judicial cuyo contenido es contrario a la afirmación presumida, y éste sólo puede producir efectos en defecto de aquella afirmación, se comprende que el juzgador no tendrá necesidad alguna de formar una presunción, en cuanto mentalmente ya habrá excluido sus efectos. No se trata, pues, de una destrucción de la presunción, sino únicamente de excluir su formación”⁵⁷.

Finalmente, Serra Domínguez aclara que en los supuestos de normas de presunción que cuentan con varios hechos base, o se deducen diversos hechos presumidos, la prueba negativa de uno de los hechos base torna inaplicable, para el juez, dicha norma. Del mismo modo, si se prueba negativamente una de los varios hechos conjuntamente presumidos, no es posible actualizar la consecuencia jurídica que

⁵⁵ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 257.

⁵⁶ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 155.

⁵⁷ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 156.

surge de la conjunción de todos ellos y los restantes presupuestos no presumidos requeridos por la norma⁵⁸.

En el caso de las presunciones que fijan la existencia de un derecho o relación jurídica, Rosenberg agrega otra posibilidad de invalidar los efectos de éstas: mediante otra presunción con la cual están en contradicción. Es decir, aparece una colisión de presunciones de derecho “cuando varias de ellas se refieren al mismo estado concreto de cosas, sin que sus efectos fueran conciliables entre sí. En tal caso debe ponderarse la fuerza de las presunciones en conflicto y, según ello, decidirse cuál de ellas tiene preferencia y cuál debe posponerse”⁵⁹.

Respecto a la concurrencia de dos presunciones, una de las cuales excluye a la otra, Hedemann sostiene que es más frecuente que este fenómeno se dé entre las presunciones de derecho que entre las presunciones de hecho. Asimismo, establece dos importantes posibilidades: la primera, es la invocación por parte de ambos litigantes de los supuestos de una misma norma de presunción; la segunda, es la concurrencia de dos normas de presunción diferentes, cuyos supuestos pueden hallarse contenidos a la vez en los hechos que sirven de base al litigio. En cualquiera de los casos, es imposible que ambas presunciones desarrollen conjuntamente sus efectos habituales, ya que esa eficacia reside en dispensar de prueba y resulta impensado que en torno a la misma circunstancia pudieran quedar ambos litigantes exentos de prueba⁶⁰.

Serra Domínguez sostiene que más que de una colisión de presunciones, se trata de conflicto entre las consecuencias jurídicas que se desprenden de tales presunciones, por lo que no hay que acudir a las normas reguladoras de un conflicto entre presunciones, sino de las que regulan un conflicto entre normas, por eso resulta lógico que la respuesta que brinda este último sea coincidente con la regla de *lex specialis, derogat lex generalis* invocada por los civilistas⁶¹.

Como podemos observar –más allá de las disquisiciones terminológicas entre los autores–, las presunciones pueden ser desactivadas de dos formas: rebatiendo la afirmación base, o bien, refutando la afirmación presumida. A la primera posibilidad se la denomina contraprueba y a la segunda, prueba de lo contrario, y más allá del objeto hacia el cual está dirigida la actividad probatoria, fundamentalmente se diferencian por el grado de convencimiento que deben lograr en el juez. Mientras que la contraprueba se contenta con exponer que no han quedado acreditadas las circunstancias (presupuestos de la presunción) que condicionan la aceptación del hecho presunto; la prueba de lo contrario requiere alcanzar un convencimiento pleno de que

⁵⁸ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 157.

⁵⁹ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 279.

⁶⁰ Hedemann, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, p. 200 y 201.

⁶¹ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 158.

el hecho o derecho presumido no existe, es decir, que la mera posibilidad de inexactitud de éste –como es el caso de la contraprueba– no es suficiente⁶².

8. Supuestos particulares de presunciones en el Código Civil y Comercial

Luego de haber conceptualizado, analizado su estructura, efectos y formas de anulación, corresponde ahora examinar algunas normas del derecho de sustantivo que consagran verdaderas presunciones. Para ello tomaremos como ejemplo algunas normas presuncionales previstas en el Código Civil y Comercial (CCyC de ahora en adelante).

Comenzaremos por las presunciones de hecho. Un claro ejemplo de éstas lo encontramos en el art. 340 del CCyC, que establece:

“Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar. El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto.

La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; **la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia.**

El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento” (la negrita me pertenece).

El citado artículo regula los alcances –respecto de terceros– de la sentencia que declara fraudulento un negocio jurídico. Pese a la confusa redacción de la norma⁶³, la regla que de ella se desprende es que la declaración de fraude no es

⁶² En un sentido similar, Mendonca explica que es posible asumir dos posibles estrategias a la hora de atacar una presunción, a las cuales denomina “estrategia de bloqueo” y “estrategia de destrucción”. “1) Estrategia de bloqueo. La presunción ‘Dado P, se presumirá que Q’ queda bloqueada en el caso c si, y sólo si, se justifica que no está probado p en c, o se prueba la negación de p en c; 2) Estrategia de destrucción. La presunción ‘Dado P, se presumirá que Q’ queda destruida en el caso c si, y sólo si, se prueba la negación de q en c. Como puede notarse, la estrategia de bloqueo se dirige a la proposición base de la norma presuntiva (P) y se basa en la discusión del valor probatorio de las evidencias aportadas a su favor o en la producción de pruebas a favor de su negación, a diferencia de lo que sucede con la estrategia de destrucción, la que se dirige directamente a la proposición presumida (Q) y se basa en la producción de pruebas a favor de su negación. En ambos casos el efecto es el mismo: la presunción no entra a operar en el caso individual. La diferencia principal radica en la carga y dirección de la prueba: quien se beneficia de una presunción sólo debe probar la proposición base, mientras que quien pretende evitar ese beneficio debe producir prueba en sentido contrario, en alguna de dos direcciones: respecto de la proposición base o respecto de la proposición presumida. La estrategia de destrucción, obviamente, sólo puede ser empleada cuando la presunción atacada es una *presunción iuris tantum*” (Mendonca, Daniel, *Presunciones*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, vol. 21, n° 1, 1998, p. 97).

⁶³ Nótese que el artículo comienza estableciendo como primera regla que la declaración de fraude no es oponible a terceros adquirentes de buena fe –*contrario sensu* es oponible a los de mala fe. Zuccarini, *Concepción normativa de las presunciones*

ponible al tercero adquirente a título oneroso, excepto que éste hubiera obrado de mala fe, esto es, que haya sido cómplice del fraude.

Demostrar la complicidad del tercero adquirente en el fraude implica, en definitiva, probar su intencionalidad defraudadora, lo cual resulta muy difícil, puesto que se trata de un elemento puramente subjetivo. Ante tal evidente complejidad probatoria, es que el legislador le brinda la posibilidad a la parte que quiera extender la declaración de fraude contra el tercero adquirente, de poder tener por acreditada tal connivencia si logra demostrar que, al tiempo de celebrarse el acto, este último conocía el estado de insolvencia del deudor.

En el presente artículo podemos observar sin mayores esfuerzos los elementos propios de las presunciones que ya vimos con anterioridad. Por un lado, la afirmación base: que al momento de contratar, el tercero adquirente haya conocido el estado de insolvencia del deudor. Por el otro, encontramos el hecho presumido: complicidad en el fraude por parte del tercero adquirente.

Por otra parte, así como el beneficiado por la presunción tiene la posibilidad de probar la complicidad en el fraude por parte del tercero adquirente o su conocimiento del estado de insolvencia del deudor al momento de contratar, la contraparte –como veremos más adelante– puede optar por anular sus efectos mediante la contraprueba (atacando la afirmación base) o la prueba de lo contrario (atacando la afirmación presumida).

Otro buen ejemplo de presunción de hecho es el art. 1681 del CCyC, que prescribe:

*“Aceptación del beneficiario y del fideicomisario. Fraude. Para recibir las prestaciones del fideicomiso, el beneficiario y el fideicomisario deben aceptar su calidad de tales. **La aceptación se presume cuando intervienen en el contrato de fideicomiso, cuando realizan actos que inequívocamente la suponen o son titulares de certificados de participación o de títulos de deuda en los fideicomisos financieros.** No mediando aceptación en los términos indicados, el fiduciario puede requerirla mediante acto auténtico fijando a tal fin un plazo prudencial. No producida la aceptación, debe solicitar al juez que la requiera sin otra substanciación, fijando a tal fin el modo de notificación al interesado que resulte más adecuado. El beneficiario y el fideicomisario pueden, en la medida de su interés, reclamar por el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin*

fe–. A renglón seguido, establece como segunda regla que la acción del acreedor contra el tercero adquirente por el acto impugnado es procedente si lo adquirió por título gratuito –aun en el caso de que sea de buena fe, lo cual es una excepción a la primera regla–; y finaliza con una excepción a la segunda regla: que aun no habiendo adquirido a título gratuito –es decir, a título oneroso– es procedente la acción contra tercero adquirente si fue cómplice del fraude, en otras palabras, si es de mala fe –lo cual es una remisión a la interpretación *contrario sensu* de la primera regla–. En conclusión, la redacción de la norma es engorrosa y puede llevar a la confusión respecto a en qué casos la declaración de fraude alcanza al tercero adquirente, por lo que creemos que una redacción más simple de la norma es la reelaborada en el texto principal.

perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe” (la negrita me pertenece).

En esta norma se consagra una presunción cuya particularidad es que el hecho presumido (aceptación por parte del beneficiario y el fideicomisario de su calidad de tales), presupuesto exigido para dar lugar a la consecuencia jurídica prevista en el propio artículo (que el beneficiario y el fideicomisario reciban las prestaciones del fideicomiso), puede tenerse por acreditado a partir de la comprobación de cualquiera de los tres hechos base que enumera el artículo (a. cuando intervienen en el contrato de fideicomiso; b. cuando realizan actos que inequívocamente la suponen; c. son titulares de certificados de participación o de títulos de deuda en los fideicomisos financieros).

Otra particularidad se encuentra en la segunda de las posibilidades que la norma brinda como hecho base de la presunción (cuando se realicen actos que inequívocamente suponen la aceptación por parte del beneficiario y el fideicomisario de su calidad de tales). Resulta evidente que esta opción de la presunción reposa en un concepto jurídico indeterminado difícil de precisar, podemos decir que es una especie de presunción legal de hecho “abierta”, en tanto el legislador no determina de antemano y de forma precisa cuál es el hecho base a partir del cual se deduce el hecho presumido, sino que le concede al juzgador la facultad de determinar cuáles pueden ser tales hechos. En otras palabras, se remite a los principios fundados en la experiencia (presunción judicial u *hominis* para otros autores) del juez.

Ahora pasemos a ejemplos de presunciones de derechos o relaciones jurídicas. Para ello analicemos el art. 466 del CCyC, que expresa:

“Prueba del carácter propio o ganancial. Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges. Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no poderse obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición” (la negrita me pertenece).

La norma bajo análisis contiene una verdadera presunción legal de derecho, pero para convencernos de ello debemos analizarla en relación con el artículo que le precede, el cual establece una larga enumeración –no taxativa– de los bienes gananciales. Ahora bien, como el legislador supone que la prueba de alguno de tales supuestos –u otros no enumerados en la norma– puede resultar compleja, infiere, salvo prueba en contrario, la ganancialidad de todos los bienes de los cónyuges existentes al momento de la extinción de la comunidad.

Vemos que la afirmación base está constituida por la existencia de un bien determinado con anterioridad a la extinción de la comunidad –aun cuando no se disuelva el matrimonio–. Por su parte, la afirmación presumida reside en el carácter de

ganancial de dicho bien concreto. Por último, existe la posibilidad de la prueba de lo contrario, es decir, del carácter privativo de los bienes aun cuando estos existían al momento de la extinción de la comunidad.

Sin embargo, a fin de evitar posibles fraudes a los acreedores, respecto de terceros, dicha prueba en contrario no podrá producirse por cualquier medio de prueba y requerirá de una fuerza especial. La norma establece expresamente la insuficiencia de probar la condición de propio por medio de la prueba confesional de los cónyuges. Asimismo, para los casos de subrogación real por inversión o reinversión de bienes propios registrables, para la prueba y oponibilidad frente a terceros, el artículo exige como recaudo que se haga constar en el acto de adquisición la determinación del origen del bien invertido o reinvertido y la conformidad del otro cónyuge.

9. Presunciones y conceptos afines

El principal inconveniente que surge al abordar el estudio de las presunciones es la existencia de diferentes institutos vinculados a la prueba que, usualmente, se los encasilla bajo la común denominación de presunción. Esto se debe, insistimos, a que los autores y legisladores –a la hora de legislar– no tienen en claro una conceptualización precisa de las presunciones, ni del contenido y finalidad que éstas cumplen en el ordenamiento jurídico; pues, en ocasiones catalogan tales a mecanismos de fijación de hechos que no tienen naturaleza presuntiva, en tanto que en otras, tratan –o consagran legislativamente– auténticas presunciones bajo otro rótulo.

Es por eso hasta aquí hemos intentado identificar las particularidades que definen a esta figura jurídica. Del mismo modo, nos parece conveniente hacer un repaso por el catálogo de figuras que la doctrina comúnmente identifica como presunciones pero que, según nuestra opinión, no presentan las notas distintivas que ya expusimos.

a. Presunciones y ficciones

En la tarea de diferenciar las verdaderas presunciones de categorías jurídicas afines, comenzaremos por las denominadas *ficciones*. Cabe destacar que dicha distinción y/o vinculación ha merecido una especial atención por parte de la doctrina⁶⁴.

Habitualmente, los autores han afirmado que entre presunciones y ficciones existe una indudable conexión, en tanto que, por medio de ambas figuras se procura aseverar una verdad que no guarda un necesario correlato con la realidad. Pero también se ha señalado que dicha verdad luce, en el caso de las presunciones, como algo

⁶⁴ Véase Ramponi, Lamberto, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Turín, F. Bocca, 1890, p. 51 y ss.; Perelman, Chaim - Forières, Paul, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, 1974, *passim*.

probable, en tanto que, en el caso de las ficciones, es completamente artificial y contraria a la realidad⁶⁵.

Esta distinción, *a priori* sencilla, comienza a complejizarse cuando empezamos a analizar las llamadas presunciones absolutas o *iuris et de iure*. En cierto modo, éstas son un género *border* entre ambas figuras. Y es que este tipo de presunciones, por su carácter de irrefutables (no admiten prueba en contrario), al igual que las ficciones, eventualmente actúan como enunciados puramente artificiales que subvierten la realidad.

Por ello, es entendible que gran parte de la doctrina coincida en afirmar que distinguir entre dicha clase de presunciones y las ficciones es una tarea harto complicada, a punto tal que algunos autores niegan la existencia de diferencias sustanciales entre ambas figuras⁶⁶.

Tal es el caso de Rosenberg:

“Ficciones son preceptos jurídicos que transfieren la consecuencia jurídica determinada para el estado de cosas *a* al estado de cosas *b*, equiparando el estado *b* al estado *a*, al decir, por ejemplo, que *b* es considerado como *a*. La ficción es un medio de simplificar técnica legislativa. Su forma: si existe el estado de cosas *b* (llamados base de la ficción), se finge que exista *a*, se asemeja a la forma de la presunción: si existe *b*, se presume *a*. Pero la finalidad y el contenido de la ficción son totalmente distintos de los de la presunción. Por consiguiente, no se admite la refutación de la ficción mediante la prueba de lo contrario. Resulta de ello, que las llamadas *presunciones legales irrefutables (praesumptiones iuris et de iure)* no son otra cosa que ficciones; tienen la forma de la presunción, pero la esencia de la ficción, porque no se admite la prueba de lo contrario”⁶⁷.

Muy similar es la posición de Serra Domínguez, quién señala que los efectos de ambos tipos de normas son idénticos, “por ello carece de todo interés jurídico, y

⁶⁵ Véase Luna Serrano, Agustín, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento* (Discurso de ingreso, como académico numerario, en la “Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya”, leído el 27 de enero de 2004), Barcelona, 2004, publicado posteriormente en “Annals de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya”, n° 1, 2007, p. 449 a 552.

⁶⁶ En este sentido, Prieto Castro señala que las presunciones *iure et de iure*, ideadas por los glosadores, repugna a la esencia de la figura –presunción– y se enlaza íntimamente con la ficción, siendo por ello extraña a la teoría de la carga de la prueba (Pietro Castro, Leonardo, *Manual de derecho procesal civil*, t. I Madrid, 1959, p. 298, citado por Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 164).

⁶⁷ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 248. En igual sentido, Leibniz, *Praesumptiones iuris et de iure. Revera sunt fictiones, Systema Juris*, Grua, p. 820; “ese género de presunciones al que no se le puede oponer ninguna prueba en contrario, es decir que distan poco de la ficción” (*De Praescriptione*, Grua, p. 843), citado por De Olaso, Ezequiel, *Leibniz y el arte de disputar. Diálogos*, “Revista de Filosofía de la Universidad de Puerto Rico”, IX, 24, 1973, p. 22). También Contardo Ferrini: “si el carácter propio de la llamada *praesumptio iuris et de iure* consiste en no dejar espacio a la verdad, en esto coincide admirablemente con la ficción” (Ferrini, Contardo, *Note sulle presunzioni nel diritto civile italiano*, “Antología Giuridica”, n° 6, fasc. 1, 1892, p. 20).

debe ser relegado al campo de la mera erudición, el determinar las diferencias existentes entre ambas figuras de técnica legislativa”⁶⁸.

Sin embargo, algunos autores encuentran ciertas diferencias dignas de remarcar entre ambas figuras⁶⁹. Señalan que, mientras las presunciones *iure et de iure* parten de lo verosímil o creíble, las ficciones lo hacen desde la irrealidad del hecho admitido⁷⁰. Otros subrayan que las presunciones absolutas se fundan en la experiencia y racionalidad que inspiran su formulación, mientras que las ficciones carecen de tales fundamentos y su fuerza emana de la ley⁷¹. Incluso algunos indican que mientras las presunciones tienen carácter procesal, las ficciones, en cambio, pertenecen al derecho material⁷².

En nuestra opinión, las presunciones *iure et de iure* y las ficciones guardan una gran similitud en cuanto a su estructura y efectos. Es decir, ambas figuras se caracterizan por ser preceptos legales en virtud de los cuales se atribuyen a determinada situación de hecho los efectos jurídicos de otro supuesto fáctico, cuya inexistencia no se admite probar.

La diferencia radica en las probabilidades de acaecimiento en la realidad de este último. En el caso de las presunciones absolutas es probable que exista el antecedente fáctico del cual se desprende una consecuencia jurídica, cuando efectivamente acontece el supuesto de hecho (afirmación base) al cual la presunción le impone aquella consecuencia legal. En cambio, las ficciones declaran que ciertos supuestos fácticos acarrearán los efectos jurídicos de otro hecho, como si éste existiera,

⁶⁸ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 71.

⁶⁹ Como refiere Devis Echandía, “la identidad en el efecto no indica identidad en la génesis” (Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 707, citado por Gama Leyva, *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, p. 75).

⁷⁰ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, tr. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 86.

⁷¹ Carnelutti, Francesco, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, t. I, p. 186, citado por Luna Serrano, Agustín, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 83. El autor señala que Carnelutti expone, teniendo en cuenta estos parámetros, una interesante tesis de diferenciación, insinuando incluso que la presunción *iuris et de iure* supone un procedimiento en cierta forma inverso al de la ficción. Respecto a la presunción, dice: “el legislador atribuye a un hecho las consecuencias jurídicas de otro porque, según la experiencia, el primer hecho es índice del segundo”, en tanto que en la ficción dicha atribución legislativa de consecuencias tiene lugar “a pesar de que, según la experiencia, los dos hechos no tienen nada en común”. Por ello, arriba a la siguiente conclusión: “si la presunción es reconocimiento de equivalencia natural de dos órdenes de hechos”, la ficción es “atribución de equivalencia jurídica”, es decir, independiente de toda equivalencia natural o real.

⁷² Hedemann, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, p. 154. Rozas Valdéz, José Andrés, *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, 1993, p. 42, citado por Venegas Álvarez, Sonia, *Presunciones y ficciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas en México*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 60.

aunque haya certeza de su inexistencia o falsedad. Es decir, la presunción entraña la idea de probabilidad, mientras que la ficción, no.

Sin embargo, creemos que esta sutil diferencia es jurídicamente irrelevante y no justifica, más allá del plano teórico, su tratamiento por separado⁷³. Por ende, nos parece desacertada la tradicional clasificación que de las presunciones se hace en *iuris tantum* e *iuris et de iure*, según que admitan o no prueba en contrario. Las primeras son presunciones propiamente dichas, en tanto que las segundas son ficciones.

Una –entre tantas otras– de las ficciones previstas en el CCyC se encuentra en el art. 74, que expresa:

“Domicilio legal. El domicilio legal es el lugar donde la ley **presume, sin admitir prueba en contra**, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Sólo la ley puede establecerlo, y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales: *a*) los funcionarios públicos, tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, o de simple comisión; *b*) los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que lo están prestando; *c*) los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tienen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual; *d*) las personas incapaces lo tienen en el domicilio de sus representantes” (la negrita me pertenece).

En este caso, el legislador utiliza incorrectamente el término “presume” para atribuirle a determinados lugares los mismos efectos que los previstos para el domicilio real. Es decir, equipara los domicilios de personas que revisten determinadas circunstancias jurídicas especiales, al lugar de residencia habitual de un sujeto (domicilio real), transfiriendo a aquéllos las consecuencias jurídicas determinadas para este último.

En resumen, si bien *a priori* existe una marcada similitud entre ambas figuras, en la medida en que tienden a la fijación formal –en el proceso– de un hecho de cuya existencia no hay certeza, difieren en el grado de correspondencia entre lo estatuido legalmente y lo acontecido en plano de la realidad. En efecto, en las presunciones la correspondencia entre lo dispuesto por la norma y el escenario fáctico es probable o posible, en tanto que en las ficciones esa correlación no se vislumbra, pero el legislador lo acepta e impone las consecuencias jurídicas como si efectivamente existiera.

b. Presunciones y reglas de interpretación (disposiciones supletorias)

Con esta designación se hace referencia a todas aquellas normas que establecen, con carácter supletorio, la regulación de alguno de los elementos de una relación jurídica cuya determinación, *a priori*, está confiada a las partes. En otras palabras, se trata de disposiciones legales cuyo objetivo primordial es suplantar un posible desconocimiento de alguno de los componentes propios de una relación o negocio jurídico

⁷³ En igual sentido véase Taruffo, Michele, *Presunzioni (Diritto Processuale Civile)*, p. 2. Zuccarini, *Concepción normativa de las presunciones*

cuya presencia resulta trascendental para la recta elección del régimen jurídico aplicable⁷⁴.

Respecto a las normas o reglas de interpretación, Rosenberg sostiene que no entran dentro del concepto de presunciones legales:

“Por de pronto, les falta aquella... característica consistente en la existencia de un hecho que no tiene importancia para el efecto jurídico en cuestión, pero del cual la ley saca la conclusión de la existencia de otro hecho importante; antes bien, la regla de interpretación tiene por único presupuesto la declaración de voluntad cuyo sentido establece. Además, y sobre todo: ¿qué se presume? ¿La *voluntad*? Sin embargo, una voluntad de determinado contenido no es presupuesto de la validez y eficacia de una declaración de voluntad, sino que en ciertas circunstancias la falta de voluntad o un vicio de ésta se opone a la validez; por consiguiente, la presunción tendría por objeto una circunstancia que carece de importancia. ¿O se presume la *declaración* de voluntad (única importante)? Esto contrastaría con la característica definidora de la regla de interpretación, la cual, precisamente, presupone que no existe declaración escrita ya mediante la presunción del documento, de modo que una presunción semejante carecería por completo de valor”⁷⁵.

Con una terminología más habitual a la utilizada por nuestra doctrina, Lessona nos habla de las disposiciones supletorias y las define como aquellas normas que toleran que la relativa situación jurídica sea regulada de modo distinto al del arbitrio privado y sólo se aplican cuando falta dicha regulación. Por lo tanto, la ley concede a los particulares la libertad de declarar su voluntad, si no la declaran, ella no presume tal voluntad, sino que dispone como le parece. Frente a la renuncia a un derecho, la ley dispone una consecuencia, no para interpretar una voluntad que no fue declarada, sino para declarar si propia voluntad⁷⁶.

Por su parte, Serra Domínguez señala lo siguiente:

“La disposición supletoria es una consecuencia jurídica, y como tal requiere para su aplicación la concurrencia de ciertos presupuestos que forman parte de su supuesto de hecho. Pero es un error grosero confundir a tales presupuestos con la afirmación base de la que se deriva la consecuencia jurídica. Y ello por la sencilla razón de que, como hemos afirmado, las llamadas presunciones de derecho son en realidad presunciones de todos los presupuestos necesarios para la existencia de tal derecho. Al ser las disposiciones supletorias consideradas como presupuestos de derecho, lo que en realidad se presumiría son los mismos presupuestos de que se deriva la presunción, lo que daría como

⁷⁴ Cfr. Marín-Barnuevo Fabo, Diego, *Presunciones legales, presunciones vulgares y verdades interinas*, en Mauricio Dalri Timm do Valle - Alexsander Roberto Alves Valadão - Dalton Luiz Dallazem (coord.), “Ensaio em homenagem ao professor José Roberto Vieira: ao mestre e amigo, com carinho”, San Pablo, Noeses, 2017, p. 371 y siguientes.

⁷⁵ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 247.

⁷⁶ Cfr. Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, tr. Enrique Aguilera de Paz, Madrid, Reus, s/f, t. V, p. 215, citado por Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 96 y 98.

resultado una identidad entre afirmación base y afirmación presumida que por sí sola demostraría la inexistencia de toda presunción”⁷⁷.

En sintonía con expuesto por los autores anteriormente citados, somos partidarios de considerar desacertada la habitual locución *voluntad presunta* o términos similares. Tales expresiones hacen suponer que estamos frente a una voluntad que existe pero que no fue declarada y que, por lo tanto, la ley nos dice cómo debemos interpretarla, cuando, a decir verdad, en tales situaciones la norma lo único que hace es establecer una consecuencia jurídica para suplir la falta de declaración de voluntad del sujeto.

Un ejemplo de regla de interpretación lo encontramos en el art. 1983 del CCyC, que prescribe:

“*Condominio*. Condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa. Las partes de los condóminos **se presumen iguales**, excepto que la ley o el título dispongan otra proporción” (la negrita me pertenece).

Esta disposición legal, pese a su redacción, no reviste el carácter de una presunción en el sentido técnico anteriormente expuesto, debido a que no tiene como finalidad posibilitar la prueba mediata de un hecho o derecho cuya existencia resulta de difícil demostración. Por el contrario, su propósito es determinar la porción que les corresponde a cada uno de los condóminos en los casos en los que la actividad probatoria no ha permitido conocer la existencia de una declaración expresa de los interesados o una norma específica respecto a la alícuota que le corresponde a cada uno de ellos.

c. Presunciones y verdades interinas o provisionales

Pese a considerarla una terminología poco feliz, Rosenberg explica que fue Unger quien acuñó la expresión *verdades interinas o provisionales* (*Interimwahrheiten*) para referirse a las presunciones aparentes⁷⁸. Son normas que, sin suposición previa, cambian por completo el tema y la carga de la prueba, “de modo que la parte se libra de la prueba, y la carga correspondiente pasa a su adversario”⁷⁹. Es decir, son preceptos jurídicos que determinan que ciertos presupuestos de hecho sean considerados verdaderos sin necesidad de su prueba, salvo que se haya producido prueba de lo contrario por parte del otro litigante.

Para explicar la existencia de este tipo de preceptos legales, Rosenberg puntualiza que cuando una norma posee presupuestos fácticos difíciles de probar, el legislador cuenta con dos medios técnicos completamente distintos para contribuir a la producción del efecto jurídico. El primero es el método de separar ciertos elementos

⁷⁷ Cfr. Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 98.

⁷⁸ Unger Joseph, *System des österreichischen allgemein Privatrechts*, Leipzig, 1866, vol. II, p. 599, citado por Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 242.

⁷⁹ Rosenberg, *La carga de la prueba*.

de la norma-regla y de hacer del contrario de éstos los presupuestos de una norma excepción.

“Así cuando se trata de elementos difícilmente probables pero que se encuentran en la mayoría de los casos, el legislador prescinde de convertirlos en presupuestos del fundamento del derecho; más bien vincula a la falta excepcional de esos elementos el efecto de que ella impide el nacimiento del derecho... En tales casos, la circunstancia en cuestión no es, por lo tanto, un presupuesto del nacimiento del derecho, sino que se ha eliminado completa y definitivamente del estado de cosas adoptado como base por la norma-regla. Por ejemplo, la usucapión no requiere, según § 937, posesión *a*) de diez años; *b*) y buena fe *c*), no es, pues, la consecuencia de $a + b + c$, sino que es únicamente el resultado de $a + b$, mientras *non c* (mala fe) impide la usucapión (§ 937, II)”⁸⁰.

En el caso de las presunciones legales –explica Rosenberg– el legislador sigue un camino totalmente distinto:

“Aquí, el efecto jurídico depende de la existencia del estado de cosas ‘ideal’ completo pero la ley presume la existencia de uno u otro presupuesto, siempre que se presente otra circunstancia no requerida para la producción del efecto, la cual regularmente por lo menos con frecuencia justifica la conclusión de que también existen esos elementos. Por ejemplo, la extinción del derecho de prenda es, según § 1253, inc. 1, la consecuencia de la devolución del objeto de la prenda *a*) al deudor o propietario; *b*) por parte del acreedor; *c*), esto es, de $a + b + c$. Pero el § 1253, inc. 2, presume la existencia de todo este estado de cosas ideal $a + b + c$, cuando se presenta la circunstancia ajena a él (*x*), a saber, cuando el propietario o deudor se encuentra en posesión de la prenda. Cuando *x* no puede afirmarse o probarse deben mostrarse como presentes todas las partes integrantes del estado de cosas ‘ideal’ ($a + b + c$), si se quiere que se haga constar la extinción del derecho de prenda”⁸¹.

En consecuencia, Rosenberg concluye lo siguiente:

“No se perdona, pues, nada del estado de cosas ‘ideal’ [en las presunciones], mientras que en el caso que acabamos de señalar anteriormente este estado se halla dividido, definitivamente en elementos constitutivos e impeditivos de derecho, y el efecto jurídico se produce solamente a consecuencia de los hechos que forman el presupuesto de la norma-regla ($a + b$), siendo la ausencia del hecho impeditivo (*non c*) de ningún modo presupuesto del nacimiento del derecho”⁸².

En la misma sintonía, Serra Domínguez explica que en las verdaderas presunciones se extrae de una afirmación probada otra afirmación diferente, por lo que necesariamente se requiere de dos afirmaciones; en tanto que, las verdades interinas se caracterizan porque en su estructura carecen de una afirmación previa, es decir, se presume un hecho sin más, por sí mismo. Por lo tanto, los efectos de una y otra son

⁸⁰ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 243.

⁸¹ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 244.

⁸² Rosenberg, *La carga de la prueba*.

totalmente diferentes, mientras las presunciones cambian el tema de prueba, las verdades interinas producen una inversión del *onus probandi*⁸³.

De lo expuesto podemos concluir que en el caso de las verdades interinas –a diferencia de las presunciones– no se intenta sustituir la confirmación del presupuesto de hecho previsto en la norma por la prueba de otro hecho distinto. En cambio, implica la admisión de la existencia de dicho presupuesto fáctico, sin requerimiento de prueba alguna.

Tal como señalábamos *ut supra*, el tratamiento por igual de estas dos figuras jurídicas es la principal causa de confusión en torno a los efectos de las presunciones sobre la carga de la prueba. En efecto, hay juristas *que*, sin reparar en que se trata de verdades interinas, brindan ejemplos de presunciones para sostener que el efecto primordial de ésta es invertir la carga de la prueba, cuando, a decir verdad, las presunciones no modifican la carga de la prueba sino el tema de prueba⁸⁴.

Del mismo modo, en las legislaciones encontramos normas que utilizan expresiones tales como: se presume, se entenderá, se tendrá, reputará, considerará, etc., que no generan un cambio del tema de prueba, sino que únicamente eximen de la carga de la prueba al beneficiario de dicha disposición legal. En tales casos, estamos frente a verdades interinas que, por la misma confusión denunciada en el párrafo anterior –esta vez en el legislador–, son catalogadas como presunciones.

En el CCyC las verdades interinas abundan y a modo de ejemplo podemos citar el art. 21, que establece:

“*Nacimiento con vida*. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. **El nacimiento con vida se presume**” (la negrita me pertenece).

En este artículo, como en tantos otros del CCyC, se presume *per se* un hecho (nacimiento con vida). Sin embargo, no puede ser considerada como una verdadera presunción, ya que ¿cuál sería la afirmación base de la cual parte la presunción?, no la hay. Es decir, la norma no contiene el binomio elemental (afirmación base - afirmación presumida) que conforma la estructura básica de una verdadera presunción.

En cambio, el precepto legal releva de probar el presupuesto de hecho (nacimiento con vida) que se requiere para la concreción de la consecuencia jurídica (adquisición irrevocable de los derechos y obligaciones). Pero al exonerar –a la parte beneficiada por la norma– de la prueba del presupuesto legal, lo que en realidad hace es prescindir de su existencia para la producción de los efectos jurídicos de la norma. Por tanto, el presupuesto positivo del nacimiento con vida se convierte en el negativo de no nacimiento con vida, cuya prueba corresponde a la contraparte.

En resumen, podemos afirmar que el art. 21 del CCyC contiene una regla de distribución de la carga de la prueba incorrectamente expresada en forma de

⁸³ Cfr. Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 91.

⁸⁴ Cfr. Marín-Barnuevo Fabo, *Presunciones legales, presunciones vulgares y verdades interinas*, p. 382.

presunción. Por ello, consideramos que una correcta redacción de la norma sería la siguiente: *El concebido o implantado en la mujer adquiere irrevocablemente derechos y obligaciones, salvo que naciere sin vida, en cuyo caso se considerará que la persona nunca existió.*

Vemos, entonces, que el nacimiento con vida no es un presupuesto constitutivo de la norma, sino que, más bien, el nacimiento sin vida es un presupuesto impeditivo de la adquisición irrevocable de derechos y obligaciones del *nasciturus* y, por tanto, su prueba corresponderá a la parte que lo invoque.

d. Presunciones y reglas legales de valoración de la prueba

Algunos autores defienden la asimilación entre las reglas legales de valoración de la prueba y las presunciones, por entender que en ambas figuras se elabora un razonamiento que enlaza o relaciona dos hechos sobre la base de una máxima de la experiencia⁸⁵.

Rosenberg discrepa con dicha asimilación, pues considera que las reglas de valoración de la prueba son disposiciones legales que ordenan al juez, más allá de su convicción, atribuir un valor probatorio a ciertos medios de prueba o extraer determinadas conclusiones de una prueba. Dicha definición no es aplicable a las presunciones, pues lo característico de las reglas de prueba es “que fijan el valor probatorio de un medio de prueba o la fuerza probatoria de un argumento de prueba independientemente de un tema determinado de prueba y, por lo tanto, para *todos* los temas. En cambio, las presunciones legales de hecho no pueden concebirse sin el ‘tema de la prueba’, esto es, el hecho presunto”⁸⁶.

También niega –a diferencia de Hedemann⁸⁷– toda influencia de la presunción legal de hecho en la actividad de la libre apreciación de la prueba por parte del juez. Asimismo, explica que la doctrina que sostiene que el juzgador debe considerar al hecho presunto como probado, con la consecuente eliminación o limitación de la libre

⁸⁵ “Ellas se construyen, al igual que una norma de presunción, partiendo de un acontecimiento que se considera anticipadamente por el legislador como la típica antesala de otro evento, por existir una relación de probabilidad o normalidad entre ambos. Este primer evento se conoce como hecho base o probatorio, y su ocurrencia se considera razón suficiente para derivar el hecho pre-sumido. Este hecho base debe probarse a su vez en el proceso, de acuerdo a las normas de valoración de la prueba contenidas en el ordenamiento” (Hunter Ampuero, Iván, *Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil*, “Revista Ius et Praxis”, vol. 23, n° 1, Talca, 2017, p. 257).

⁸⁶ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 256.

⁸⁷ Hedemann esboza que mientras en el supuesto de inexistencia de presunciones legales la apreciación que el juez tiene que hacer de los hechos debe fundarse en la “libre convicción del juez que entienda en la cuestión de que se trate, viniendo obligado el juez por consiguiente a ocuparse del examen, ponderación y estimación de las pruebas, esta necesidad desaparece tan pronto como una presunción legal ha establecido de antemano y con relación a todos los casos particulares la contestación en uno u otro sentido de la alternativa” (Hedemann, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, p. 189).

apreciación judicial, parte de la idea de que la presunción es una prueba de indicios legalmente establecida.

“Como en la prueba de indicios ordinaria el juez, gracias a su libre apreciación de ésta, admite como probada una afirmación mediante deducción de otros hechos comprobados, del mismo modo, en el caso de la presunción legal de hecho, deduce la verdad del hecho presunto, por orden de la ley, de los presupuestos de la presunción; y puesto que la ley le *obliga* a ello, se considera que se halla eliminada, a este respecto, su libre apreciación de la prueba. Pero todo ello es erróneo –asevera Rosenberg–. No es el juez quien de los hechos iniciales extrae la conclusión respecto del hecho presunto, sino que *lo ha hecho la ley*; no el juez sino la ley presume el hecho. No se trata de la comprobación de hechos sino de la aplicación de derecho, cuando el juez en virtud de una presunción legal toma en consideración el hecho presunto. El juez basa en él en su sentencia, no porque se trata de un hecho probado sino, precisamente, lo hace *sin prueba*, la presunción hace superfluas la prueba y la verificación del hecho presunto”⁸⁸.

Serra Domínguez, que discrepa con la opinión de Rosenberg, afirma:

“Ciertamente es innegable que existe una marcada analogía entre las presunciones y las reglas de apreciación de la prueba. Tal analogía se hace más patente, si cabe, si tenemos en cuenta que tanto la una como la otra tienen un carácter marcadamente empírico, y se construyen análogamente partiendo de las ‘máximas de la experiencia’. Es más, tanto en uno como en otro caso existen tanto con carácter judicial como con carácter legal. El legislador ha recogido tales principios experimentales y les ha otorgado una categoría legal, y en muchos casos su elevación a normas ha respondido a unas mismas exigencias. Tales analogías se derivan de la circunstancia innegable de pertenecer ambas al mismo género de actividades probatorias del juzgador. Pero, pese a ello, la presunción no puede ser englobada como una actividad de apreciación de la prueba”⁸⁹.

Más adelante, continúa diciendo:

“Ciertamente el juzgador, sometido a una norma de presunción, debe acatarla por lo que en este sentido se puede decir que ha perdido parte de su libertad, ya que en otro caso podría formar la presunción o dejar de formarla. Pero no por ello deja de ser libre de su apreciación de la prueba practicada, entendiendo por libertad la facultad de elegir entre dos extremos. Habrá sufrido una merma en su libertad de apreciación judicial, pero ésta continúa existiendo en todo caso, en cuanto conserva la posibilidad de formar su convicción de una manera negativa siempre que se haya producido positivamente la prueba de lo contrario... Es decir, la existencia de la prueba de lo contrario demuestra la

⁸⁸ Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 255 y 256.

⁸⁹ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 57.

libertad del juzgador en la apreciación de las pruebas, aun en aquellos casos en que se halle sometido a una norma de presunción⁹⁰.

Por nuestra parte, consideramos que las presunciones legales guardan cierta similitud con las reglas de valoración de la prueba –en especial con la prueba legal o tasada–, en tanto que ambas implican un coto a la libertad del juez por parte del legislador. Sin embargo, la diferencia radica en el objeto de dicha limitación. En las primeras, la imposición al juez estriba en la modificación del tema de prueba, obligándolo a tener por cierto un hecho (hecho presunto) a partir de la comprobación de otro hecho ajeno (hecho base) al presupuesto de la norma invocada, más allá de su convicción al respecto. En las segundas, en cambio, el tema de prueba sigue siendo el mismo pero la limitación para el juez gira en torno a los medios de comprobación a través de los cuales puede considerarse plenamente probado el hecho en cuestión, resultándole imposible apartarse de los medios de confirmación señalados por la ley.

10. Conclusiones

Al inicio del presente trabajo se expuso la conceptualización más tradicional de la dogmática procesal que concibe a las presunciones como inferencias lógicas que parten de un hecho conocido para establecer la existencia de otro hecho desconocido, cuya amplitud conceptual responde a su vocación aglutinante de reunir bajo un único concepto diversas tipologías de presunciones (judiciales, legales, absolutas, relativas, etcétera).

Posteriormente, se esgrimieron los argumentos por los cuales consideramos que dicha concepción peca por exceso, al intentar englobar bajo un mismo concepto categorías jurídicas de diferente naturaleza y estructura. Lo cual, indudablemente, contribuye al estado de profunda confusión y ambigüedad terminológica imperante en torno a la noción de presunción, a la par de tornarlo en un concepto oscuro y carente de utilidad práctica para los operadores jurídicos.

Por tal motivo, se propuso encarar una tarea de delimitación conceptual con el fin de introducir mayor claridad y precisión en torno a la terminología de las presunciones. Para ello, nos valimos –principalmente– de la concepción normativa del maestro Rosenberg, cuya definición de presunciones se circunscribe a aquellas que se encuentran consagradas en disposiciones legales y, puntualmente, a las que admiten prueba en contrario.

A partir de dicha redefinición conceptual se analizaron los elementos estructurales que conforman a las presunciones, los cuales son imprescindibles a la hora de diferenciarlas de otras figuras jurídicas similares. En este sentido, concluimos que la afirmación base y la afirmación presumida son componentes esenciales que deben estar presentes para poder sostener que estamos frente a una verdadera presunción.

Asimismo, se examinó en qué medida juega la carga de la alegación en torno a estos dos componentes de la presunción, inclinándonos por la necesidad de alegar

⁹⁰ Serra Domínguez, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos urbanos*, p. 154.

tanto la afirmación base como la afirmación presumida, en la medida en que ambas que componen el antecedente fáctico de preceptos jurídicos diferentes: el presupuesto de la norma decisoria del caso (afirmación presumida) y el presupuesto de la norma de presunción (afirmación base).

Seguidamente nos adentramos en un tema que ha generado múltiples discusiones en la doctrina como lo es el influjo de las presunciones sobre la carga de la prueba. La hipótesis que planteamos es que las divergencias doctrinarias suscitadas sobre este punto radican –nuevamente– en la confusión reinante alrededor del concepto de presunciones. En efecto, los autores que sostienen que las presunciones relevan o invierten la carga de la prueba, parten del yerro de tomar por tales (presunciones) a normas que no lo son, sino que, más bien, son reglas de distribución de la carga de la prueba (verdades interinas). Cuando, a decir verdad, lo que las presunciones modifican es el tema de prueba, facilitando la actividad confirmatoria del favorecido por la presunción, pero manteniendo incólume sobre su cabeza la carga de probar.

Luego estudiamos las diferentes formas en la que se pueden contrarrestar los efectos de las presunciones, esto es: o bien refutando la afirmación base (contra-prueba), o bien atacando la afirmación presumida (prueba de lo contrario). La diferencia entre ambas modalidades estriba en el grado de convencimiento que se debe lograr en el juez, pues, mientras que en el primer caso alcanza con acreditar la mera posibilidad de inexistencia del presupuesto de la presunción, en el segundo se requiere lograr un convencimiento pleno de que el hecho o derecho presumido no existe.

Una vez definidas todas las facetas del fenómeno de las presunciones, consideramos enriquecedor realizar un estudio casuístico de algunas normas del CCyC que consagran verdaderas presunciones, conforme a los parámetros establecidos a lo largo de todo el trabajo.

Más luego, nos avocamos a la tarea de diferenciarlas de otras categorías jurídicas con la que guardan cierta similitud.

Así, inicialmente analizamos las ficciones y observamos que son preceptos legales que transfieren los efectos jurídicos de un supuesto de hecho a otro distinto, cuya inexistencia no se admite probar (al igual que las llamadas presunciones *iure et de iure*). Las presunciones, en cambio, son disposiciones cuya consecuencia jurídica no se transfiere a otro supuesto fáctico sino que, precisamente, sirven para acreditar el antecedente de hecho de otra norma jurídica, y siempre admiten refutación.

En segundo orden, se examinaron las reglas de interpretación o disposiciones supletorias, las cuales, lejos de ser verdaderas presunciones, son normas que conllevan la posibilidad de que una situación jurídica sea regulada de modo distinto a la voluntad de las partes y sólo se aplican ante la ausencia dicha regulación privada.

En tercer lugar, retomamos –con mayor profundidad– la diferencia existente entre las presunciones y las verdades interinas, y cómo esta divergencia se ve reflejada en su vínculo con la carga de la prueba.

Por último, comparamos a las presunciones con las reglas de valoración de la prueba. Observamos que, más allá de la similitud en cuanto a la constricción al juez, en el caso de las presunciones la limitación estriba en torno al tema de prueba, al

exigírsele tener por acreditado un hecho a partir de la comprobación de otro supuesto ajeno a la norma invocada; en tanto que, en el caso de las reglas de valoración de la prueba el *thema probationis* sigue siendo el mismo, pero la restricción radica en los medios de confirmación aptos para tener por acreditado el hecho en cuestión.

Como reflexión final cabe decir que la propuesta de reducción conceptual aquí intentada, pretende, humildemente, salvaguardar la autonomía conceptual de las presunciones y contribuir a una mayor claridad terminológica que permita a los operadores jurídicos sacar el máximo provecho de esta institución legal tan valiosa.

© Editorial Astrea, 2022. Todos los derechos reservados.

