

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presunciones

por Mariano Gagliardo

Anticipo de “Anales” - Año LXIII
Segunda Época - Número 56

Mayo de 2018

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico *Dr. Jorge R. Vanossi*

Vicepresidente

Académico *Dr. Roberto E. Luqui*

Secretarios

Académico *Dr. Emilio P. Gnecco*

Académico *Dr. Rafael M. Manóvil*

Tesorero

Académico *Dr. Daniel Funes de Rioja*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
academiadederecho@fibertel.com.ar
www.academiadederecho.org

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones en el mes de mayo de 2018.

Presunciones

por Mariano Gagliardo¹

Las normas jurídicas no son enunciados de ideas con intrínseca validez –como resultan las proposiciones matemáticas–. Es que las reglas del Derecho son instrumentos prácticos, elaborados y constituidos por los hombres para que mediante su manejo, produzcan en la realidad social ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos como justos y adecuados.

Valga esta introducción para explicitar que el instituto de esta comunicación parece sencillo pero traduce dificultades, variedades, una función notable, sistematizaciones y proyecciones casuistas.

Antes de definir la presunción, su ubicuidad jurídica es superlativa y su primacía es incontrovertible: baste aludir a la “presunción de inocencia” que recepta nuestra Constitución Nacional para advertir su jerarquía.

¹ Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de abril de 2018.

Presunción, como todos los vocablos que entrañan nombres de acción, puede significar acción o efecto de presumir, conforme a una constante que se observa en todos los vocablos análogos; la definición puede centrarse en la operación de presumir, o en el resultado o efecto de la propia operación.

Se ha dicho que *praesumere*, en los buenos escritores de la edad de plata y en los juristas clásicos, se encuentra en el sentido de “creer” u “opinar”. Otros autores afirman que presunción, de *praesumere*, alude a una idea de anticipación que entraña un conocimiento no definitivo. En estos y otros conceptos previos de lo que sea la presunción, el vocablo se toma en su sentido de acción u operación, y en este aspecto se observa que por presunción entendemos una operación del sujeto, por la que se crea un estado de opinión o creencia.

El vocablo presunción en una y otra acepción es evidente que extraña una operación intelectual o lógica y un resultado o efecto de la misma, consistente en un estado de opinión sobre la verdad de una afirmación de un hecho.

En el terreno jurídico, y atendiendo a lo expuesto, la presunción considerada como operación, o el juicio de razonamiento que producen el efecto u opinión, deberá colocarse en aquella esfera del juicio o haz de juicios que lleva a cabo un sujeto cuando ordena su conducta por razón del comportamiento ajeno. Podrá constituir por ello, un juicio sobre certeza o un juicio sobre probabilidad, ya que la misma esencia de la presunción, requiere adhesión a una opinión, excluida en el juicio sobre posibilidad. Seguidamente, nos encontramos con una dificultad que es la convivencia de este concepto técnico con el concepto vulgar de presunción.

En el lenguaje corriente, y también en el lenguaje jurídico, la palabra presunción se usa en dos sentidos distintos: por un lado, a veces se denomina presunción a los hechos conocidos de los cuales se parte para llegar al hecho desconocido.

En este sentido, presunciones son los indicios de los que parte el razonamiento.

Pero también, por otro lado, se llaman presunciones no sólo a los hechos, sino al razonamiento en sí mismo considerado.

Por lo demás, en la noción corriente de presunción se advierte una estructura lógica que es un símil del juicio hipotético que podría realizar en el particular Kelsen.

Así, la noción descriptiva de presunción es un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado –hecho indicio–, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho (hecho presunto), que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo al nexo lógico que existe entre los dos hechos.

El hecho indicio “permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”.

Dicho hecho indicio consistirá en un supuesto de hecho, distinto del hecho presunto.

En cuanto al concepto de “nexo lógico” es consecuencia de una máxima de experiencia: si esta máxima de experiencia está receptada por la ley tendremos una presunción legal; si su formulación tiene su origen en el tribunal la presunción será judicial.

La presunción supone un proceso lógico mediante el cual se pasa de un hecho conocido a otro desconocido. El hecho conocido es un indicio que mediante un proceso mental permite llegar al hecho desconocido que de esa manera viene a ser verificado.

El problema fundamental de las presunciones, desde la teoría de la prueba, es saber si las presunciones son verdaderamente un medio de prueba pues son un proceso de carácter mental, esto es un aspecto del conocimiento del hombre o del legislador pues, las presunciones pueden ser hechas por el hombre o por la ley.

Para concluir sobre la índole de la prueba y la presunción, cabe argumentar que la prueba es una verificación y la presunción es un medio de prueba, ello así, pues mediante las presunciones se verifi-

can ciertos hechos acreditándolos como reales, hechos que antes del proceso mental de la presunción eran meramente posibles.

Conceptualmente dice d'Ors que las presunciones consisten en una dispensa de prueba, partiendo de la prueba o evidencia de otro hecho del que el hecho que no se necesita probar depende según la experiencia ordinaria.

Las presunciones contribuyen a la elaboración de las normas jurídicas que en el derecho positivo contemporáneo son, por lo común generales y abstractas.

Se anticipó que el tema de las presunciones está lleno de vacilaciones.

Y estas, son de tal entidad que hace más de un siglo Laurent, decía que las presunciones, especialmente las de carácter legal absoluto, son enteramente absurdas, pues no se concibe que el legislador encare como ciertos algunos hechos sin permitir demostrar que esos hechos no son realmente ciertos.

Por eso, en la concepción de Laurent, las presunciones son arbitrarias.

En oportunidad de celebrarse en la Pcia. de Río Negro las Jornadas Patagónicas de Derecho Procesal entre las bases para un Código de Derecho procesal civil Sentís Melendo, hizo constar que no incluía a las presunciones por entender que no tienen el carácter de prueba sino que constituyen manifestaciones de elaboración mental del juez, coincidiendo así con Couture, en cuanto remiten al discernimiento del sentenciante que puede ponerlas como base de su convicción en ausencia de pruebas directas; es decir, la apreciación de las presunciones la hace el juez sobre la base de cómo acaecen, normalmente ciertos hechos sin aguardar al experimento de la prueba.

Aquí lo relevante es el razonamiento, operación mental por la cual se pasa de lo conocido a lo desconocido, operación que no es exclusivamente inductiva. También puede ser deductiva o analógi-

ca: es decir cualquier tipo de razonamiento puede servir al juez o al legislador para pasar del hecho conocido al hecho desconocido, operación mental denominada inferencia.

Sin embargo, desde esta formulación hasta nuestros días las presunciones aparecen como uno de los recursos técnicos importantes que el legislador posee para estructurar las diversas construcciones jurídicas que dan sentido a todo el orden jurídico.

Lo concreto es que si se pretende una formulación más precisa de presunción, la ubicaremos de acuerdo con el uso general, advirtiendo en el presumir aquel grado de convicción que cuenta de antemano con la posibilidad de una demostración de la realidad contraria, pero que, a pesar de eso, y tras algunas dudas, se pronuncia decididamente por una de las dos soluciones posibles (diferencia con la verosimilitud).

Y avanzando en el panorama descriptivo de la presunción, la doctrina francesa –Geny– entre otros, dice que la expresión “presunción” es una categoría genérica dentro de la cual es posible promover muchas categorías diferentes que estrictamente no tienen gran vinculación con el tema presuncional.

A propósito de lo expuesto, Carnelutti que desarrollara *in extenso* el tema de la prueba² considera que son fuente de prueba los hechos de los cuales se deduce inmediatamente la existencia del hecho a probar, mientras que son fuentes de presunción los hechos de los cuales dedúcese sólo mediatamente la existencia del hecho a probar y nos dice que una corriente menos numerosa busca el criterio no en el desenvolvimiento de la deducción sino en el resultado, y habla de prueba cuando hay fuentes de certeza y de presunción cuando existe fuente de probabilidad.

Desde el punto de vista de una clasificación lógica, las presunciones pueden tener un contenido muy distinto. Dentro de la técnica del

² La prueba civil, Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 90.

Derecho, la presunción es empleada por el legislador a veces para establecer reglas de fondo en materia jurídica; a veces a los efectos de ciertos fines judiciales; y a veces las presunciones derivan del propio magistrado.

En algunas oportunidades el legislador emplea la presunción, no como un instituto vinculado a la teoría de la prueba, sino para establecer verdaderas normas de fondo de carácter restrictivo. Por caso, cuando la ley dice que tienen plena capacidad para contratar los mayores de edad y que éstos son los que han cumplido X años, o cuando dice que son relativamente capaces las personas púberes, en rigor la ley está estableciendo presunciones.

La ley da por cierto que en la mayoría de los casos cuando una persona es mayor de X años, tiene suficiente raciocinio, y que cuando esta persona llega a la mayoría de edad posee plena madurez.

Las pautas precedentes, no tienen nada que ver con la materia de la prueba, pues en este caso la presunción ha sido utilizada por el legislador como una base sustancial o intelectual mediante la cual establece una norma de fondo en materia de Derecho Civil y Comercial.

Otras veces el legislador usa la presunción, no para sentar una norma de fondo en materia civil, sino para lograr, en materia probatoria, ciertos fines que desea salvaguardar en cuanto a ciertos pleitos, en particular respecto de la carga de la prueba. Por caso, la responsabilidad objetiva por el hecho del dependiente, está estableciendo una presunción. Pero difieren las presunciones de la capacidad respecto de las que versan sobre la prueba.

Y, finalmente, la operatividad de la presunción es producto del razonamiento judicial ante un caso concreto. En estas presunciones “factum”, o del hombre, la ley no establece una norma general relativa a la carga de la prueba, sino que está reconociendo que ciertos razonamientos realizados por el juez pueden dar por acreditado o verificado algún hecho debatido en juicio.

De modo, pues, que dentro del concepto general de presunción es posible apreciar que la idea de presunción es empleada por el legislador con finalidades diversas.

En suma: las presunciones constituyen un procedimiento intelectual en la elaboración y aplicación de las reglas de derecho.

Con relación a la sistematización actual de las presunciones, se debe aclarar que para llegar a un cuadro definitivo con alcances prácticos y dogmáticos, ambos con valor ilustrativo y docente, se han superado múltiples polémicas y controversias. Y ello así, pues como ocurre en muchos institutos procesales, la opinión que se sustente va indisolublemente unida a la concepción que se tenga de la función de las normas destinadas a regular la actividad decisoria del juzgador, del proceso y sus fines, y de la función de la prueba en el proceso, problemas todos ellos de gravísima trascendencia.

A medida que se profundiza en el análisis y estudio de las presunciones se llega a la curiosa paradoja y a la escisión total entre las tres grandes clases, advirtiéndose en cada uno de ellos un instituto de naturaleza distinta: así, mientras niega la existencia de las presunciones *juris et de jure* o se afirma su carácter de precepto legal o expediente de técnica legislativa, se entiende que las presunciones *juris tantum* constituyen una dispensa o relevancia de prueba de los hechos presuntos o una inversión de la carga de la prueba, y las judiciales u *hominis* un verdadero medio de prueba o un cambio en el objeto de la misma.

Ante estas discrepancias cabe una formulación y esquema aclaratorio.

Cabe aquí una observación cuando en la ciencia del Derecho se utilizan repetidamente términos idénticos para designar situaciones o problemas no muy disímiles entre sí, es más adecuado admitir que entre unos y otros existe un género común, que escindir totalmente los fenómenos y atribuirles naturaleza distinta o negar la existencia de un grupo o categoría, por no encuadrar los de ésta en la definición

que demos de las demás. Sólo cuando resulte evidente que no pertenecen diversos institutos del mismo género, a pesar de otorgárseles la misma demostración, será válido prescindir de ésta y predicar la distinta naturaleza de unos y otros.

Sin perjuicio de la clasificación a desarrollar, existen en el mundo jurídico, presunciones nominadas, por caso, la llamada presunción de premoriencia, cuando fallecen simultáneamente dos personas que son recíprocamente herederas la una de la otra, y que fue receptada en algunos ordenamientos a partir de la codificación justiniana, constituiría un ejemplo de imposibilidad física de obtener certeza sobre cuál de las dos falleció primero en la realidad. El legislador que regula este supuesto de hecho debiera limitarse teóricamente a declarar que la persona que fallezca posteriormente a la otra transmitirá su derecho a sus herederos legales o testamentarios, de modo que éstos tendrán derecho a la herencia de los dos fallecidos, mientras que los herederos del fallecido en primer término no podrán suceder a ninguno de los dos; pero este supuesto de hecho, así fijado, engendraría grandes dudas en los destinatarios a causa de la imposibilidad física de saber el orden de los fallecimientos. De aquí que el legislador, en tal hipótesis, pueda prever con arreglo a máximas de experiencia cuando podrá juzgarse como probable con probabilidad calificada que uno de los sujetos ha fallecido antes, e incluso prohibir toda prueba en contrario; el indicio o hecho base del juicio de probabilidad, será en esta hipótesis el fallecimiento vendrá a ser el hecho presunto, y la operación o juicio constituye una verdadera y propia presunción jurídica aunque no se permita la prueba en contrario.

Con motivo de la sistematización de las presunciones, caben ciertas aclaraciones previas. Si el sujeto que decide su conducta presume cuál es la conducta ajena, es porque cree u opina, sospecha o conjetura, que no ha adoptado una conducta incompatible con aquélla. Creencia u opinión, conjetura, sospecha, son las acepciones vulgares del vocablo presunción en nuestra lengua, excluyen por sí mismas la certeza o convicción sobre la verdad de un hecho y falsedad del

contrario o incompatible; por ello, nadie se atreve a afirmar que por medio de una presunción se adquiriera efectivamente la certeza de un hecho, aunque se diga que por su medio puede fijarse un hecho formalmente como cierto.

Ahora bien: cuando quien formula el juicio es el hombre común, para ordenar o decidir su propia conducta, puede aquél dirigirse a la obtención de una probabilidad simple o de una probabilidad cualificada, es decir, puede fundarse en una probabilidad de hechos –nominados indicios– que sólo por su reunión permiten juzgar como probable el hecho presunto, o enderezarse por el contrario a la obtención de una probabilidad cualificada, basada en un hecho concreto y determinado. Pero la presunción del hombre común, en cuanto pertenece al campo de la motivación de los actos humanos privados, carece normalmente de trascendencia jurídica, y el Derecho no regula ni disciplina su formulación, como abandona y no disciplina la motivación en general de tales actos: al Derecho sólo le interesa el acto o conducta en sí, y la causa que los haya inspirado, pero no los motivos o razones de tal conducta.

Pero algo distinto ocurre cuando quien regula una conducta está investido de autoridad para imponerla a terceros; ya no se trata aquí de ordenar una conducta propia en atención a la conducta ajena, sino de trazar a una persona destinataria de una norma o mandato una determinada conducta, por razón de su conducta propia o ajena antecedente. La presunción como juicio sobre probabilidad cobra entonces una relevancia especial, y no se permite al que enjuicia que lleve a cabo la operación con base en cualesquiera indicios, sino que se le exige en todo caso que la probabilidad sea cualificada; al faltar la certeza se le permite sólo resolver la duda sobre la base de un juicio que dé como resultado una probabilidad fundada o cualificada.

El hombre común puede realizar una presunción dirigida a obtener una probabilidad simple, y puede incluso actuar y decidir su conducta eligiendo arbitrariamente una proposición meramente posible; el sujeto investido de autoridad al trazar la conducta ajena en

atención a una conducta anterior en el tiempo, sólo puede tomar lícitamente como punto de partida aquellos hechos sobre los que haya obtenido una certeza, o aquellos que juzgue cualificadamente como probables; los simplemente probables o los meramente posibles deben ser desechados sin que puedan entrar en su juicio.

De manera que la presunción resulta una operación intelectual o mental, que sin esfuerzo puede ser considerada como un juicio; este juicio se caracteriza por tender al establecimiento de la probabilidad de un hecho o proposición fáctica: la probabilidad excluye la certeza; por presunción jurídica sólo puede entenderse la realizada por un sujeto revestido de autoridad para trazar conductas ajenas, único caso en que las razones o motivos de la decisión cobran relevancia para el Derecho; y por la misma causa, la presunción jurídica no puede nunca contentarse con una probabilidad simple, sino que requiere una probabilidad cualificada.

La clasificación de las presunciones, tiene su transcendencia por las finalidades que cumplen, entre otras pueden servir para establecer normas de prueba, o bien fijar normas de prueba.

Presunciones legales absolutas, también denominadas presunciones *juris et de jure*.

En estos casos, hay que dar por acreditado el hecho presumido sin que se pueda demostrar que el hecho presumido en el caso concreto es falso.

Bajo esta denominación, se conocen las consecuencias conjeturales que la ley saca de un hecho conocido a otro desconocido con la característica que nada en contra puede acreditarse. El cálculo ha sido hecho por el legislador.

Presunción legal simple. Se les conoce como “*juris tantum*”, que admiten prueba en contrario: la consecuencia conjetural sacada por

ley de un hecho conocido a un hecho desconocido tiene la connotación que puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

Caben las presunciones legales mixtas que no admiten cualquier prueba en contra sino solo aquellas especiales del caso: presunción de paternidad.

Presunciones hominis. Son las presunciones judiciales, establecidas por los jueces según el examen de los indicios, y acorde la ciencia y conciencia, y que asumen el papel de un medio de prueba, admitido por nuestro Derecho.

Toda norma jurídica, resultado de la elaboración de un derecho civilizado, tiene fundamento. El sustento del precepto consiste en el razonamiento que justifica la orden o el “deber ser” establecido en ella.

Ciertas normas jurídicas imparten un mandato cuya “ratio legis” es un razonamiento de probabilidades. El fundamento de tales normas es la observación hecha por el legislador de que determinadas circunstancias deben hacer suponer que responden a ciertas causas, o que producirán algún efecto.

Realizada esa verificación de probabilidades, el legislador emite la parte dispositiva del dispositivo que constituye directa y llanamente, un mandato de derecho material.

En alguna oportunidad se ha generalizado esta observación y se ha afirmado que toda norma jurídica se funda en el análisis secular de los hechos, y que al mismo tiempo es una presunción experimental y lógica, la que se convierte en una norma impuesta por la ley.

En ocasiones especiales la abstracción o la reducción de los elementos sustanciales de las reglas de derecho se realiza insertando en el presupuesto de hecho un esquema fáctico que contiene una presunción. En el procedimiento de tipificación de la realidad, necesario en la elaboración de los esquemas de hecho que computan las normas se infiltran una generalización o presunción.

Las presunciones tácitas han sido concebidas, a veces, como “presunciones materiales” por oposición a las presunciones propiamente dichas que constituyen el contenido mismo de un precepto legal.

Las presunciones tácitas son de gran importancia. Es necesario saber cuándo y cuáles son las que sustentan la norma, pues la demostración de algún hecho especial que destruya la probabilidad con certeza absoluta, podría originar, según algunos, la no aplicación de la disposición legal por falta de su “ratio legis”; ello se traduciría, con todas las imperfecciones y abusos propios de los adagios de hermenéutica.

Desde otro punto de vista importan también las presunciones tácitas: en ocasiones, las generalizaciones o presunciones contenidas en los presupuestos de hecho de la norma jurídica pueden o no adecuarse a la verdad de un caso especial.

Hipótesis de presunciones tácitas

La norma relativa a los intereses moratorios tiene presunciones en su fundamento y en su presupuesto de hecho, aunque por lo general sólo se ha indicado la presunción contenida en su fundamento. El interés moratorio se explica por la presunción de perjuicio. Además de esta presunción de perjuicio, que sería el fundamento de la norma, existe otra presunción, esta vez en los presupuestos de hecho de la disposición, y que consiste en suponer que la tasa legal del interés cubre los perjuicios reales.

Otro supuesto de presunción tácita es que la posesión de las cosas muebles, según tesis difundida tiene su apoyo en el ex-art. 2415 del Código de Vélez –hoy, art. 1895 Código unificado– e importaría una presunción de propiedad. Como la buena fe es una presunción *juris tantum*, es importante diferenciar esta presunción relativa de la que consagra el ex-art. 2412 cit. respecto a la propiedad de las cosas muebles.

La presunción de propiedad establecida en el citado art. 2412 es una presunción absoluta que no admite prueba en contrario y la presunción de buena fe del poseedor constituiría una presunción relativa susceptible de ser destruida por prueba contraria. Lo importante que la presunción de propiedad en su parte dispositiva, está supeditada a una presunción de buena fe del poseedor insertada tácitamente en los presupuestos de hecho de la norma.

Final

En el Código de Vélez en repetidos supuestos se recurre a la expresión consagrada y típica “se presume” mientras que son frecuentes otras locuciones: “se reputa”; “se entiende”; “se considera”; “se juzga”, etc.

El Código unificado es más técnico y utiliza la locución “presunción” “la solidaridad no se presume”; el mandato se presume”, etc.

No surgen mayores supuestos donde sea menester analizar cada caso de conformidad con los motivos y razones del precepto legal y, si de consiguiente, es o no admisible la prueba en contra de la presunción.

La firmeza y seguridad de las presunciones puede existir en sentido opuesto. Es que una situación dada puede entrañar una conclusión legislativa y la consiguiente presunción. Por lo demás, las no presunciones resultan, como casi todo lo que es negativo, verdaderas presunciones. La solidaridad no se presume, quiere decir que lo que se presume es la simple mancomunación. Lo propio corresponde sostener en materia de novación: se presume que la obligación anterior subsiste. La no presunción de la renuncia, supone la presunción de la conservación del correspondiente derecho.

Puede afirmarse que casi la totalidad de las presunciones contempladas en nuestro ordenamiento admiten prueba en contrario, es decir son *iuris tantum*.

Como cierre, es evidente que las presunciones tienen efectos probatorios y por ello podrían calificarse como “método para probar”, en cuanto sirven para dar por probado un hecho a partir de la demostración de otro.