

# DISTINCIÓN ENTRE LAS PRESUNCIONES Y LA CARGA PROCESAL DE LA PRUEBA

Por **GUSTAVO CALVINHO**

## SUMARIO

1. Exordio — 2. Breve referencia histórica y significado de las presunciones en general — 3. La estructura que presenta toda presunción — 4. Las clases de presunciones: legales y *hominis*, simples o judiciales — 5. Presunción y carga de la prueba: diferenciación — 6. Conclusión — Referencias bibliográficas

## 1. Exordio

En los últimos tiempos, algunos pronunciamientos y trabajos doctrinarios pasan por alto la necesaria diferenciación conceptual entre presunciones y carga de la prueba<sup>1</sup>. Y, al no separarlas adecuadamente, puede observarse una consecuencia práctica relevante que incide a la hora de sentenciar: lo que debe resolverse dentro del campo presuncional, es trasladado a los dominios del *onus probandi*. La implicancia de lo antes apuntado no es baladí ni menor, pues probablemente conduzca a la alteración del resultado mismo de la decisión jurisdiccional.

Por consiguiente, en las líneas venideras intentaremos dilucidar la discutida vinculación de las presunciones con la carga de la prueba.

## 2. Breve referencia histórica y significado de las presunciones en general

A manera de adelanto, basta traer a colación que ya Charles Louis DE SECONDAT, Barón de MONTESQUIEU (1668-1755) avisaba que en materia de

---

<sup>1</sup> Al prologar la obra de MUÑOZ SABATÉ titulada *Técnica probatoria, estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Santiago SENTÍS MELENDO le reprocha al autor que el concepto de carga no es —en la construcción de ese libro— de los más trascendentales, ya que aparece oscurecido, y hasta aplastado, por el concepto de presunción (MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria, estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, p. 12).

presunción, la de la ley vale más que la del hombre: cuando el juez presume, los fallos son arbitrarios; cuando presume la ley, ella misma da al juez una regla fija<sup>2</sup>.

Se afirma que en el derecho romano, hasta los tiempos de Justiniano, no se conocía en sentido técnico la figura de las presunciones, aunque el *iudex* hacía uso de ellas<sup>3</sup>.

En la Edad Media la institución de la presunción alcanza su punto culminante, adquiriendo gran importancia en el procedimiento germano. Con la recepción del derecho romano, los juristas advierten su existencia en las fuentes romanas y que, con las modificaciones realizadas por los compiladores justinianeos, se ajustaba perfectamente a la realidad existente<sup>4</sup>. Y al ser estudiado el derecho romano se aprecia que en ese sistema las presunciones no eran consejos dirigidos al legislador, sino normas dispositivas o mandatos destinados al juzgador. La consolidación del poder real y el asentamiento de la burguesía y el comercio, requieren conocer con exactitud los efectos de las relaciones jurídicas, contribuyendo a la expansión de las presunciones. En consecuencia, los juristas de entonces se vuelcan a enumerar y comentar no sólo las presunciones conocidas, sino que crean nuevas, con el afán de obtener la

---

<sup>2</sup> En *De l'Esprit des lois*, publicado en 1748, se lee en el Libro XXIX (*Del modo de componer las leyes*), Capítulo XVI (*Cosas que deben ser observadas en la composición de las leyes*), lo siguiente: *En fait de présomption, celle de la loi vaut mieux que celle de l'homme. La loi française regarde comme frauduleux tous les actes faits par un marchand dans les dix jours qui ont précédé sa banqueroute: c'est la présomption de la loi. La loi romaine infligeait des peines au mari qui gardait sa femme après l'adultère, à moins qu'il n'y fût déterminé par la crainte de l'événement d'un procès, ou par la négligence de sa propre honte; et c'est la présomption de l'homme. Il fallait que le juge présumât les motifs de la conduite du mari, et qu'il se déterminât sur une manière de penser très obscure. Lorsque le juge présume, les jugements deviennent arbitraires; lorsque la loi présume, elle donne au juge une règle fixe (En materia de presunción, la de la ley vale más que la del hombre. La ley francesa declara fraudulentas las operaciones realizadas por un mercader en los diez días anteriores al de la quiebra: ésta es la presunción de la ley. La ley romana castigaba al marido que conservara consigo a su mujer adúltera, a menos que le impulsara a tal condescendencia el temor a tener un litigio o la negligencia de un propio decoro: esto es presunción del hombre, pues el juez había de conjeturar los móviles de la conducta del marido y resolver acerca de un proceder tan extraño. Cuando el juez presume, los fallos son arbitrarios; cuando presume la ley, ella misma da al juez una regla fija). Cf. MONTESQUIEU, *Œuvres de Montesquieu, contenant L'Esprit des lois*, A. Belin, Paris, 1817, p. 505.*

<sup>3</sup> MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M<sup>a</sup> Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 15.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 17.

máxima seguridad jurídica en las relaciones sociales y reducir aún más el arbitrio judicial considerado nefasto, dado que en aquellos tiempos los jueces estaban sometidos a todo tipo de presiones. Así, los libros al respecto tienen gran difusión<sup>5</sup>.

Cuando se hace mención a presumir —explica ALVARADO VELLOSO— se está admitiendo la certeza de algo sin que esté probado o sin que le conste a quien presume. En el derecho romano antiguo se empleó en el sentido de creencia, suposición u opinión y se relacionó el vocablo con el de *probare*, configurando una hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya con una prueba en contrario<sup>6</sup>. Si bien se mira —continúa— presumir es igual a ausencia de necesidad de prueba, lo que tiene estrecha relación con las reglas de la carga de la prueba, de las cuales son claras excepciones los hechos presumidos, dado que no hay carga de probarlos<sup>7</sup>. Lo que importa en estos casos, es apuntar la estrategia probatoria hacia los indicios<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>6</sup> Cf., además, ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1963, t. III, p. 682.

<sup>7</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II, p. 68.

<sup>8</sup> Si bien parte de la doctrina —sobre todo clásica— no acierta a veces en la distinción entre indicio y presunción judicial, la diferencia es radical. Recordando las enseñanzas de DEVIS ECHANDÍA, el indicio es el hecho conocido del cual se obtiene —mediante una operación lógico-crítica— un argumento probatorio que permite inducir de aquél, otro hecho desconocido; la presunción judicial es un principio lógico —basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados que suministran los peritos— que le sirve al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba. De este modo —señala el autor colombiano— el indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla, y que no es prueba ni objeto de prueba. Por ello, el indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga; la presunción judicial, en cambio, surge necesariamente después que el hecho investigado ha ocurrido y se produjo la prueba con la cual se pretende verificarlo, cuando a tal prueba se aplica la correspondiente regla general de experiencia o la técnica que los expertos proporcionan para apreciar su mérito o eficacia (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 6ª ed., Temis, Bogotá, 2011, t. II, p. 598). V., además, célebres páginas sobre indicios y presunciones en el proceso penal en MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal, ó esposición comparada de los principios en materia criminal, y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, &c., &c.*, trad. s/d, Tipografía de R. Rafael, México, 1853, pp. 424-471, obra cuyo prefacio fue escrito por su autor en enero de 1834. Asimismo, DELLEPIANE destaca la importancia de la prueba indiciaria y propone una inversión metodológica en la didáctica de la prueba, proponiendo comenzar su estudio por aquella (cf. DELLEPIANE, Antonio, *Filosofía del derecho procesal, ensayo de una teoría general de la prueba*, El Comercio, Buenos Aires, 1913, pp. 61-64).

Fue en el derecho canónico —según el autor en cita— donde aparecieron las verdaderas presunciones, considerando como tales a las que no admiten prueba en contrario<sup>9</sup>; con el desarrollo de los estudios sobre la prueba judicial, se generalizó la tendencia de sustituir los indicios por las presunciones legales, aceptando ahora la posibilidad de prueba en contrario. De tal forma que el tema se estudia con una triple óptica: presunciones absolutas o de pleno derecho, presunciones relativas y emergentes del análisis de varios hechos indiciarios<sup>10</sup>.

Tras lo expuesto, ALVARADO VELLOSO propone una nueva sistematización, basándose en que toda presunción admite un doble estudio: en cuanto a su origen y en cuanto a su valor. Por el origen, puede ser legal —impuesta por el legislador y que debe ser aplicada por el juez— y humana o del hombre —que el juzgador establece a su voluntad después de trabajar con indicios en las condiciones que la ley determina—. En cuanto a su valor, la presunción legal admite ser clasificada conforme con que admita o no prueba en contrario: la presunción absoluta de pleno derecho que otorga certeza al juzgador y la presunción relativa que admite confirmación en contrario y que, por tanto, genera certeza o simple probabilidad en el juzgador, por lo que constituye un medio de convicción<sup>11</sup>.

Por su parte, MONTERO AROCA enseña que la presunción consiste en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos<sup>12</sup>.

En el artículo 1349 del Código Civil de Napoleón<sup>13</sup> se incorpora un concepto de presunción seguido por otros cuerpos legales, como el artículo 2727 del Código

---

<sup>9</sup> Así, se señala que las presunciones no son de tres clases —humanas, *iuris tantum* e *iuris et de iure*— sino únicamente de las últimas dos (BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, Cárdenas, México D.F., 1969, vol. IV, p. 518).

<sup>10</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal...*, *op. cit.*, t. II, pp. 68-69.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>12</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2011, p. 176.

<sup>13</sup> Artículo 1349 del Código Civil francés: *Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* (Las presunciones son consecuencias que la ley o el magistrado extrae de un hecho conocido para deducir un hecho desconocido).

Civil italiano<sup>14</sup>. Los artículos 385 y 386 de la LEC española hacen referencia a las presunciones legales y a las judiciales, respectivamente<sup>15</sup>. En el CPCCN el artículo 163, inc. 5º<sup>16</sup> hace hincapié en estas últimas, explicando que *las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos<sup>17</sup> reales y probados y cuando por su número<sup>18</sup>, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica<sup>19</sup>.*

---

<sup>14</sup> Artículo 2727 del Código Civil italiano: *Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato.*

<sup>15</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba...*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>16</sup> Esta disposición está ubicada dentro del Capítulo IX del Título III del Libro Primero, que se refiere a las resoluciones judiciales.

<sup>17</sup> En verdad, corresponde sustituir la palabra *hechos* por *indicios*, que son los que constituyen fuente de presunciones, dejándose así en claro que ellos deben ser los precisos, concordantes y graves y no las presunciones judiciales (LEGUIZAMÓN, Héctor Eduardo, *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 188).

<sup>18</sup> Al exigir esta norma, para que las presunciones constituyan prueba, un cierto número de ellas —entendiéndose que sean algunos, unos cuantos, varios— lo que cubija son las que se conocen como *presunciones polibásicas*. El problema es precisar el número de indicios que conforma un mínimo suficiente para que se establezca una presunción *hominis*: para ALVARADO VELLOSO deben ser por lo menos tres, pues dicha cantidad respeta los elementos necesarios para la operación lógica que conlleva, de la cual puede nacer la inducción, la deducción y la abducción (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal...*, *op. cit.*, t. II, p. 67).

<sup>19</sup> Esta disposición legal necesita algunas explicaciones, pues pone varias condiciones para arribar a la presunción judicial. Es inexorable, en primer lugar, que los indicios o hechos base sean afirmados y probados por una de las partes o, una vez afirmados, sean admitidos por la contraria. Es decir, si en el proceso los indicios no fueron probados o admitidos, el juez no puede formar una presunción *hominis*. Pero además, adviértase que estamos refiriéndonos no a un indicio, sino a *indicios* —en plural—. Aparece así una segunda exigencia: se requiere más de un hecho base para producir convicción como presunción. Y no es difícil caer en la tentación de pregonar un número más o menos exacto del mínimo indispensable de indicios, por lo que algunos autores hablan de que el conjunto de indicios debe ser numeroso, pero no de magnitudes astronómicas, otros simplemente de varios sin mayor exactitud y —dentro de esta línea— hasta se han dado fundadas explicaciones de por qué deben ser al menos tres, tal lo visto en la nota precedente. Vale acotar un aspecto que no luce nítidamente en el CPCCN: que la pluralidad de indicios para crear convicción obedece a su carácter de contingentes —apenas constituyen una inferencia de probabilidad— pues si se tratara de un indicio necesario bastaría por definición uno solo —dado que responden a una ley física inmutable o de causalidad necesaria—. A su vez —y regresando al segundo párrafo del artículo 163, inciso 5º del CPCCN— se requiere que los indicios sean precisos, o sea inequívocos, seguros, claros, concisos y directos, de manera tal que desemboquen en un único sentido, sin lugar a dudas. Cuando además la norma pide a los hechos base la cualidad de graves, en buen romance lo que se está queriendo decir es que sean importantes, trascendentes o relevantes en relación al hecho a probar, de manera tal que lo hagan verosímil. Por lo tanto, deben descartarse indicios que no tengan vinculación directa o que carezcan de importancia. La exigencia de que estos indicios sean concordantes apunta a que tengan íntima relación entre sí de manera concurrente y convergente, que no sean contradictorios, ni se excluyan unos a otros.

A propósito de esta norma del CPCCN, también se insiste en que contiene un error conceptual, pues los que por su número, precisión, gravedad y concordancia tienen que producir convicción son los indicios, no las presunciones —que, en cambio, son la consecuencia de la actividad intelectual del juez para extraer conclusiones de esos indicios<sup>20</sup>, al dictar sentencia—.

### 3. La estructura que presenta toda presunción

Examinando la estructura que presenta toda presunción, de cualquier clase que sea, encontraremos los siguientes tres elementos:

- a) uno o más hechos base o indicios —o, mejor expresado, un dato del conocimiento<sup>21</sup>— que una parte afirma en el proceso y que luego deben ser confirmados con cualquier medio de prueba;
- b) un hecho presumido —que opera como conclusión— que también debe ser afirmado por la parte y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide<sup>22</sup> y finalmente,
- c) un nexo o enlace lógico entre los dos hechos —o, si se quiere, entre el dato y la conclusión— que es precisamente la presunción<sup>23</sup> y que puede estar

---

Finalmente, dado que la norma aclara que la convicción en el juzgador se alcanzará según la naturaleza del juicio y de conformidad con las reglas de la sana crítica, es necesario que la sentencia explicita el razonamiento efectuado para llegar a la presunción *hominis*, de manera tal que pueda ser objeto del debido control de las partes y, eventualmente, materia de recurso. Hay otra cuestión para agregar y que resulta significativa para el abogado litigante, por sus implicancias eminentemente prácticas: ¿qué debe hacer durante el trámite del proceso la parte que advierte que, posiblemente, será perjudicada por una presunción judicial en la sentencia a dictarse? Ante este temor, es aconsejable intentar producir prueba que apunte a demostrar la inexistencia del hecho que se presume, o buscar derribar el enlace lógico entre los indicios y aquél.

<sup>20</sup> ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil, teoría y práctica*, La Rocca, Buenos Aires, 1986, pp. 92-93.

<sup>21</sup> V., en este sentido, BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal, op. cit.*, vol. IV, p. 516, donde acertadamente aclara que no sólo se asocian con los indicios las presunciones humanas, sino las legales: la diferencia es que en las primeras se parte de los indicios para elucubrar según normas de experiencia y en las segundas, lo único que se hace es confrontar los datos con el hecho específico normativo.

<sup>22</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba...*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>23</sup> Se ha enseñado que el paso lógico se hace del dato o de los datos empíricos a una conclusión y, enseguida se efectúa la subsunción normativa: si varios datos concuerdan en cierto origen causal, se concluirá con el supuesto que permite calificar de culpable al acusado. Si varios datos discrepan en su origen causal, se podrá concluir en la no demostración de la

establecida directamente por el legislador —y, partiendo de que el indicio sea probado, ordena al juez que dé por existente el hecho presumido<sup>24</sup>— o el legislador deja que sea establecida por el juez en cada caso. La estructura de una y otra presunción es idéntica, salvo que en el caso de la presunción legal<sup>25</sup> la inferencia la hace el legislador, y en el de la presunción judicial la realiza el juzgador<sup>26</sup>.

#### **4. Las clases de presunciones: legales y *hominis*, simples o judiciales**

Reparemos, preliminarmente, que se acepta distinguir entre las presunciones legales y las *hominis*, simples o judiciales. Dentro del primer grupo, desde antaño, la doctrina diferencia entre presunciones legales *iuris et de iure* —o absolutas, donde la conclusión que establece el legislador no puede ser modificada— e *iuris tantum* —o relativas, pues pueden ser alteradas con prueba en sentido contrario—.

Las presunciones legales en general, para MICHELI, constituyen un medio para regular la hipótesis legal de un modo conforme a reglas de la experiencia, o a fin de asegurar la certeza de determinadas situaciones jurídicas<sup>27</sup>, mientras que para ROSENBERG se tratan de preceptos jurídicos que deducen la existencia de un hecho que se requiere como característica definidora de un efecto jurídico, de una circunstancias ajena a esa característica. Por consiguiente, aclara que el presupuesto de la presunción debe ser siempre una circunstancia fuera del estado de cosas que produce el efecto jurídico en cuestión, pero el efecto de la

---

culpabilidad del acusado (BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, *op. cit.*, vol. IV, p. 518).

<sup>24</sup> Las presunciones legales necesitan que una parte afirme y pruebe el hecho base o indicio, o que éste sea admitido por la contraria. Luego, debe ser el juez el que decida si ese hecho base o indicio está probado. A partir de él, la ley da como existente el hecho presumido. La presunción legal no dispensa de toda prueba, sino que dispensa de probar directamente el hecho presumido. Pero atención: el hecho base tiene que ser probado.

<sup>25</sup> Algunas presunciones legales surgen propiamente de los códigos de procedimientos y, así, pueden hallarse algunos ejemplos en el CPCCN revisando los artículos 60, tercer párrafo, 388 y 425 *in fine*.

<sup>26</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba...*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>27</sup> MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 1989, p. 178.

presunción consiste en la deducción que se saca con respecto a la existencia de aquel estado de cosas<sup>28</sup>.

Un acercamiento al concepto de presunción simple, judicial u *hominis*<sup>29</sup> deriva de las palabras de TARUFFO, cuando indica que resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar —que es un hecho ignorado— partiendo de un hecho ya conocido o probado que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo basado en máximas de experiencia. Y subraya que el legislador las deja a la prudencia del juez precisamente porque se trata de razonamientos e inferencias que dependen necesariamente de su convicción discrecional, y por ello no pueden ser de ningún modo reguladas y determinadas por la ley. Sin embargo —aclara— al mismo tiempo el legislador muestra desconfianza frente a esa prudencia del juez y de su capacidad de formular inferencias fácticas aceptables y lógicamente fundamentadas, introduciendo al respecto límites legales<sup>30</sup>. De allí que en los ordenamientos se las acepte sólo si son graves, precisas y concordantes y hace concebible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas por el juez sean suficientemente seguras y fuertes para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo<sup>31</sup>.

Con las explicaciones brindadas, quedamos en condiciones de comparar las presunciones<sup>32</sup> con la carga de la prueba, asunto muy discutido en doctrina durante largo tiempo —máxime atendiendo las diferentes clases que exhiben aquéllas— y del que no han surgido suficientes conclusiones claras<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, trad. de la 3ª ed. alemana por Ernesto Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, p. 183.

<sup>29</sup> Sobre este tipo de presunciones *cf.*, además, CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de la 3ª ed. italiana por José Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1922, t. II, p. 351.

<sup>30</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2005, p. 471.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 472.

<sup>32</sup> Para la diferencia entre presunción y ficción en base a un repaso parcial de la doctrina europea, *cf.* MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, Mª Lourdes, *op. cit.*, pp. 48-61.

<sup>33</sup> Merece rescatarse la interesante explicación brindada hace más de un siglo por DELLEPIANE, quien sostiene que todos los preceptos esparcidos en los códigos por los que se crean presunciones, son relativos a la prueba y son normas por las cuales se impone un determinado medio de prueba, el indiciario, y en las que se exime a una parte de la obligación de probar otro

## 5. Presunción y carga procesal de la prueba: diferenciación

Si bien la carga procesal de la prueba y las presunciones comparten la cualidad de constituir instrucciones que de alguna manera se dirigen o llegan al juez, la nota distintiva se aprecia en el objeto de cada una: mientras aquella le ordena cómo resolver ante un hecho —*rectius*, dato<sup>34</sup>— incierto, éstas le señalan que debe tener por probado un dato si se cumplen determinadas condiciones<sup>35</sup>.

De esta manera, se asevera que las presunciones *hominis* o simples no inciden sobre la distribución del *onus probandi* en el proceso, pues por naturaleza constituyen reglas de la experiencia que el juez emplea para valorar las

---

hecho que el indicador del hecho que alega para fundar su derecho, arrojando la carga de la prueba de la inexistencia de este hecho decisivo en la *litis* sobre los hombros de su adversario o negando a éste la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo. A renglón seguido se pregunta: ¿Qué es una presunción legal, ya sea *juris et de jure*, ya sea *juris tantum*? No es otra cosa que un mandato legislativo en el cual se ordena tener por establecido algún hecho, siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobado suficientemente (DELLEPIANE, Antonio, *op. cit.*, pp. 121-122).

<sup>34</sup> Dado que, a veces, debe probarse la existencia y vigencia del derecho, alternativa que queda bien explicada si se acepta el género *datos*, comprensivo de dos categorías: *datos de hecho* y *datos normativos* o *de derecho*. Esta perspectiva es desarrollada por GUASP, para quien los datos de hecho consisten en la invocación de un acaecimiento natural o fáctico, que sirve a la parte para argumentar su posición procesal mientras que los datos de derecho son, por el contrario, los constituidos por la invocación de normas jurídicas, es decir, de preceptos de derecho en que basa la parte las peticiones que produce ante el juez (v. GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, 3ª ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. I, p. 319).

<sup>35</sup> Aquí podríamos empalmar con otro intenso debate que reparte las opiniones de los procesalistas: si las presunciones son o no son medios de prueba. En el primer grupo, por ejemplo, reviste ALVARADO VELLOSO cuando, como vimos, las rotula específicamente como medios de convicción que ubica dentro de los medios de confirmación (v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal...*, *op. cit.*, p. 69) y a BARRIOS DE ÁNGELIS, que llega a afirmar que la presunción es el medio de prueba por excelencia (cf. BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 190). En el segundo se involucra MONTERO AROCA, cuando sostiene que las presunciones, sea cual fuere su clase, no son un medio de prueba, pues no consisten en una actividad que deba realizarse en el proceso para incorporar al mismo una fuente de prueba; por ende, las presunciones no pueden proponerse como medios de prueba, ni se practican, sino que se resuelven en un razonamiento que puede haber sido hecho en general por el legislador o que ha de ser hecho en particular por el juez. También —remata— es evidente que las presunciones sí tienen efectos probatorios, y por ello las considera método para probar, en cuanto que sirven para dar por probado un hecho afirmado por las partes (cf. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 177-178). Así y todo, v. AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de derecho procesal, tomo VI, pruebas judiciales*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2008, p. 383, donde se concluye que el indicio es un medio probatorio porque sirve para llevarle al juez el conocimiento de unos hechos y la presunción no, porque sólo es un elemento para determinar la existencia o inexistencia de los hechos. Lo que vale rescatar es que, aun situándonos en cualquiera de los bandos de este debate, las presunciones funcionarían como medio de prueba o como método de probar, y en ningún caso como regla de juicio. Por otro camino, queda a salvo también la distinción que remarcamos en relación a la carga de la prueba.

pruebas rendidas y establecer si considera confirmado o no cierto dato con base a indicios acreditados; a su turno, las presunciones legales *iuris tantum* eliminan el hecho presumido del presupuesto fáctico para la producción de los efectos jurídicos perseguidos por quien las invoca e imponen a la otra parte la carga de probar el hecho contrario o la inexistencia del primero, mientras que las *iuris et de iure* se limitan a regular el primer aspecto<sup>36</sup>.

Por su parte, MICHELI aclara que las presunciones legales relativas y las reglas de la carga de la prueba son dos institutos que, si bien tienen una razón de ser y probablemente un origen común, actualmente se configuran de manera diversa, desplegando sus efectos en distintos ámbitos; la presunción *iuris tantum*, se refiere al proceso de manera no distinta de cualquier otra norma de derecho material que regula una hipótesis concreta y, por ende, solo bajo este aspecto se la toma en consideración en relación al problema de la distribución de la carga de la prueba. La regla de juicio —finaliza— al atribuir valor normativo a reglas de experiencia, se aproxima a dichas presunciones, pero se distingue de ellas profundamente, en cuanto la misma no tiende ya a disciplinar directamente un estado o una relación jurídica, sino a determinar el contenido de la decisión del juez, cuando éste se encuentre en una situación de duda acerca de la existencia de determinados hechos relevantes<sup>37</sup>

Tratándose de una regla de la prueba que abreva a menudo en máximas de la experiencia, las presunciones simples u *hominis* no interfieren sobre la carga de la prueba. Y para ser más explícitos acerca de las presunciones legales, lo que en verdad generan es una modificación del *tema de prueba*<sup>38</sup>, es decir que cambian cuál es el dato necesitado de confirmación en un proceso en concreto<sup>39</sup>: la carga de la prueba recaerá sobre el hecho base y no sobre el

---

<sup>36</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general...*, *op. cit.*, t. II, p. 684.

<sup>37</sup> MICHELI, Gian Antonio, *op. cit.*, p. 269.

<sup>38</sup> En este sentido, ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, p. 195 y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal...*, *op. cit.*, t. II, p. 68, cuando afirma que *presumir es igual a ausencia de necesidad de prueba*.

<sup>39</sup> El tema o necesidad de prueba debe diferenciarse del objeto de la prueba: mientras éste es general y abstracto —pues se relaciona con lo que puede probarse en general en todo proceso— el tema o necesidad de prueba es específico y concreto —nos conduce a la determinación de lo que debe ser probado en un proceso en particular, en relación a los datos

presumido dado que el litigante favorecido con la presunción, en lugar de los presupuestos propios de la consecuencia jurídica, probará los presupuestos de la presunción misma<sup>40</sup>. A su turno, sobre las espaldas de la parte contraria pesará la *contraprueba* que ataca al dato base —siempre y cuando haya afirmado su inexistencia o que se dio de manera diferente, y que estas aseveraciones estén necesitadas de prueba—, al enlace lógico o la prueba en contrario del hecho presumido para demostrar su inexistencia. En todos estos supuestos, las reglas sobre la carga de la prueba se mantienen al margen e incólumes.

En sentido similar, AGUILÓ REGLA asegura 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 al 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 —remata— cuando éste último haya sido probado, tendrá bien que atacar la prueba del hecho base, bien que atacar el hecho presumido<sup>41</sup>.

Por lo tanto, es un error sostener que las presunciones legales invierten o trasladan la carga de la prueba<sup>42</sup>, porque en todo caso las reglas del *onus probandi* se aplicarán sobre quien recae una eventual contraprueba, sin variación alguna. Tampoco representan un sucedáneo de la prueba, pues no la reemplaza debido a que la hace innecesaria en relación al hecho presumido<sup>43</sup>, ni puede creerse que dispensan de la prueba a quien favorece o que le alivia la carga, porque ésta igualmente corresponde, aunque respecto al indicio o hecho base. En verdad, las presunciones legales son, si se las considera en

---

controvertidos del debate o que son de demostración necesaria—. Contrariamente, y a grandes rasgos, no están necesitados de prueba los hechos no afirmados, no controvertidos, los notorios y los favorecidos por una presunción legal.

<sup>40</sup> ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, p. 195.

<sup>41</sup> AGUILÓ REGLA, Josep, “Nota sobre ‘Presunciones’ de Daniel Mendonca”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 22, Universidad de Alicante, Alicante, 1999, p. 652.

<sup>42</sup> Como se lee, *v. gr.*, en ALSINA, Hugo, *Tratado...*, 2ª ed., *op. cit.*, t. III, p. 691.

<sup>43</sup> A mayor abundamiento, *cf.* MICHELI, Gian Antonio, *op. cit.*, p. 178.

abstracto, normas de imputación de consecuencias<sup>44</sup>. De este modo, prestan su auxilio en ciertas situaciones específicas en que, en la práctica, es difícil o complicada la producción de la prueba para la parte que tiene la carga, según la regla general<sup>45</sup>. Hete aquí la importancia de la tarea del legislador quien —en base a criterios de la experiencia— debe detectar determinados casos especiales donde, por más empeño que ponga el litigante en su actividad probatoria, encontrará naturalmente obstáculos y, por consiguiente, debe facilitarle la tarea.

Veamos un ejemplo muy simple previsto en algunos códigos procesales<sup>46</sup>: cuando una parte ofrece como fuente de prueba un documento que está en poder de la contraria, se lo intima para que lo presente dentro de un plazo determinado. Si no lo agrega y se cumplen ciertas exigencias de la norma contingente —como que haya alguna otra demostración acerca de su existencia y contenido— jugará la presunción en su contra, salvo que la derribe con contraprueba. El legislador ha previsto esta presunción legal, porque es de esperar la resistencia del perjudicado por el documento a acompañarlo a un proceso y ha elegido esta opción, como más sensata y eficaz que recurrir a medidas compulsivas<sup>47</sup>. Nótese que cambia el *thema probandi* si no se arrima el documento, pero permanecen intocadas la parte encargada de aportar la fuente y las reglas de la carga probatoria. Por ende, se viola el derecho de defensa en juicio cuando, recurriendo a alteraciones de la regla de la carga de la prueba que realiza la autoridad jurisdiccional —en la fase procedimental que sea— se la hace pesar en la parte contraria de aquélla que omitió ofrecer la fuente.

Se evidencia así que las presunciones legales —que, según lo expuesto, en abstracto operan respecto a la consecuencia normativa— desde la perspectiva

---

<sup>44</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, op. cit., vol. IV, p. 519.

<sup>45</sup> En sentido similar, MICHELI, Gian Antonio, op. cit., p. 177.

<sup>46</sup> V. gr., artículo 388 del CPCCN.

<sup>47</sup> PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código procesal civil y comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Tomo 8°, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 158.

de la actividad de las partes procesales apuntan a los aspectos especiales de la práctica de la prueba que contemplan.

## **6. Conclusión**

Tras el análisis efectuado, se percibe con nitidez la equivocación de quienes pretenden componer dificultades para la producción de ciertas pruebas en un proceso en concreto torciendo o alterando las reglas sobre la carga de la prueba. Incluso, y peor aún, en ocasiones se lo hace a pesar de las presunciones legales que rigen.

En suma, i) las *presunciones judiciales* son reglas de la prueba que a menudo abrevan en las máximas de la experiencia, por lo que no interfieren sobre la carga de la prueba; ii) las *presunciones legales* generan una modificación del *tema o necesidad de prueba*, es decir que cambian cuál es el dato necesitado de confirmación, mientras que sobre las espaldas de la parte contraria pesará la *contraprueba* atacando al dato base, al enlace lógico o la *prueba en contrario* del hecho presumido para demostrar su inexistencia.

En consecuencia las presunciones —legales o judiciales— no alteran ni deben ser la excusa para modificar, en ningún caso, las reglas de la carga de la prueba —general y especiales—.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AGUILÓ REGLA, Josep, “Nota sobre ‘Presunciones’ de Daniel Mendonca”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 22, Universidad de Alicante, Alicante, 1999, p. 649.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1963.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil, teoría y práctica*, La Rocca, Buenos Aires, 1986.

AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de derecho procesal, tomo VI, pruebas judiciales*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2008.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2005.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, Cárdenas, México D.F., 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de la 3ª ed. italiana por José Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1922.

DELLEPIANE, Antonio, *Filosofía del derecho procesal, ensayo de una teoría general de la prueba*, El Comercio, Buenos Aires, 1913.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 6ª ed., Temis, Bogotá, 2011.

GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, 3ª ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

LEGUIZAMÓN, Héctor Eduardo, *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, Mª Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, Dykinson, Madrid, 2007.

MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 1989.

MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal, ó esposición comparada de los principios en materia criminal, y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, &c., &c.*, trad. s/d, Tipografía de R. Rafael, México, 1853.

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2011.

MONTESQUIEU, *Œuvres de Montesquieu, contenant L'Esprit des lois*, A. Belin, Paris, 1817.

MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria, estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967.

PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código procesal civil y comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Tomo 8º*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, trad. de la 3ª ed. alemana por Ernesto Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.