

LAS PRESUNCIONES EN EL DERECHO CIVIL

SALVADOR ZAVALA TOYA

El tema de las presunciones en el Derecho civil —que motivó la investigación realizada¹—, aun cuando inmerso en nuestro Código Civil vigente y en la mayoría de instituciones que contiene, no ha merecido de parte de la doctrina civilista nacional un estudio sistemático de su problemática. Esto se debe al error de parte de quienes consideran a las presunciones como una figura jurídica de carácter procesal ligada a una institución no menos importante como es la prueba. Muestra de ello es que solamente de manera muy general y superficial haya llamado la atención de los estudiosos del Derecho procesal civil. Con sobrada razón el Derecho civil reclama para sí una figura jurídica de antigua data y nacida en su seno, aun cuando, qué duda cabe al respecto, tenga relevancia dentro de un proceso, especialmente en la etapa decisoria del mismo.

Si es que hay un eje de la investigación, el mismo está constituido por la precisión del contenido del concepto de las presunciones legales —que son las que nos interesan— y su distinción conceptual con otras figuras jurídicas con las cuales suelen confundírseles. Nos estamos refiriendo a los indicios, las ficciones, las normas imperativas, el silencio, la «voluntad presunta», las normas de interpretación y las denominadas verdades interinas o presunciones aparentes. Podemos afirmar que lo que aquí se encuentra es la esencia de toda su problemática.

¹ ZAVALA TOYA, Salvador, *Las presunciones en el Derecho civil*, tesis para optar el grado de magister en Derecho con mención en Derecho civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991.

1. Concepto

No sin ninguna razón afirma Rosenberg² que, «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».

Sin pretender dar un concepto definitivo, sirva de ilustración lo que la doctrina nos proporciona al respecto. Nos hemos tomado la libertad de agrupar a los diferentes autores según el contenido que al concepto de la presunción le dan los mismos.

Un primer grupo³ considera a las presunciones como el resultado de un proceso lógico, en cuanto actividad humana, que tiene como fundamento el modo normal de ocurrir los acontecimientos naturales o del hombre, y sin denotar su relevancia jurídica. De este grupo podemos citar a Coviello⁴, quien expresa que «es la inducción de la existencia de un hecho desconoci-

² ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1972, p. 179.

³ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Imprenta de Eduardo Cuestas, Madrid, 1876, pág. 662; CASSO Y ROMERO, Ignacio de, *Diccionario de Derecho privado*, Labor, Barcelona, 1950, t. II pág. 3102; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1978, vol. I, pág. 140; ROZAS VIAL, Fernando, «La prueba», *Revista Chilena de Derecho*, PUC de Chile, enero-mayo, 1982, pág. 103; COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del Derecho civil*, UTEHA, México, 1938, pág. 598; LABANDEIRA, Eduardo, «Las máximas de experiencia en los procesos canónicos», *Ius Canonicum*, revista del Instituto Martín de Aspilueta, Universidad de Navarra, Pamplona, España, enero-junio, 1989, pág. 261; CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho procesal civil*, UTEHA, Argentina, 1944, t. I, pág. 441; PINA, Rafael de, *Tratado de las pruebas judiciales*, Porrúa, México, 1942, pág. 225; ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho procesal civil*, Temis, Bogotá, Depalma, Buenos Aires, 1972, vol. III, pág. 119; RIVERA CONCHA, Alvaro, *La presunción ante el Derecho civil y el Derecho canónico*, Imprenta del Departamento, Bogotá, 1953, pág. 13; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 113.

⁴ *Ibidem*.

do, de la de uno conocido, basada en el presupuesto de que debe ser verdadero en el caso concreto lo que suele serlo de ordinario en la mayor parte de los casos que entra aquel hecho conocido».

Otro grupo⁵, además del sentido lógico de la presunción, tiende a discriminar la calidad de la misma en base a su fuente u origen. Aquí podemos citar a Devis Echandía⁶, quien nos dice que «es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos».

Un tercer grupo⁷, además de describir a las presunciones en cuanto a su contenido se refiere, destaca la naturaleza de las normas que las contienen y lo que es consustancial a las presunciones, esto es, que para ser consideradas como tales deben admitir la prueba en contrario. En este grupo citamos a Díez Picazo⁸, quien sostiene que las presunciones, a las que denomina *iuris*, son siempre «unas declaraciones legales que obligan a dar por cierto lo legalmente presumido a todo efecto, en tanto no se produzca la positiva apreciación judicial de la prueba del hecho contrario, en cuyo sentido, por implicar una dispensa de prueba para el favorecido, reciben procesalmente el tratamiento de normas que resuelven, en ciertos casos particulares, el problema de distribuir la carga de la prueba».

Y, por último, hay autores como Liebman⁹, que le dan a las presunciones una concepción depurada; así, sostiene que «son expedientes de téc-

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Héctor P. de Zarodia Editor, Buenos Aires, t. II, pág. 694; LESSONA, Carlos: *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, Revista de Legislación, Canizares, Madrid, 1905, t. V, pág. 91; CARRERAS, Jorge, «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones», *Revista Jurídica de Cataluña*, nos. 3 y 4, 1962, pág. 525.

⁶ *Ibidem*.

⁷ DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*. 8.ª, ed., Temis, Bogotá, 1981, pág. 99; DÍEZ PICAZO, Luis, *Estudios de Derecho privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, t.I, pág. 210.

⁸ *Ibidem*.

⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho procesal civil*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1980, pág. 293.

nica legislativa dirigidos a facilitar la posición del titular de la relación o del status mediante la simplificación analítica del hecho específico».

Si es que tuviésemos que optar por alguno de los grupos elaborados, nos inclinaríamos por relieves las ideas principales de todos, pues, a nuestro entender, son importantes.

En primer lugar, la presunción legal establece una consecuencia que cabe dentro de lo normal (según las máximas de la experiencia que son subsumidas en la norma en concreto), producto de una relación que enlaza entre sí un hecho conocido y cierto con un hecho desconocido e incierto (una afirmación base con una afirmación resultado, que es lo que se presume). En segundo lugar, para que la presunción legal exista —tal como su nombre lo indica— debe estar contenida o establecida en una norma (en nuestro caso en el Código Civil). Y, por último, la presunción siempre admite la prueba de lo contrario, o, lo que es lo mismo, tiene validez mientras no ocurra la prueba de lo contrario.

Como se podrá apreciar, con diferencia de matices, la mayoría de autores que se han ocupado de la materia concuerdan en que la presunción legal supone la existencia de tres elementos: a) una afirmación base, b) una afirmación resultado, y c) un enlace; elementos que desarrollamos a continuación.

2. Elementos que la integran

Tal como vimos anteriormente, del concepto de la presunción legal que trae la doctrina resultan los diversos elementos que la componen y que han de servir para determinar, al tratar nuestro Código Civil, si es que estamos realmente frente a una presunción. Ellos son:

2.1 Afirmación base

Conocida también como supuesto o punto de partida de la presunción, hecho conocido o indicador.

Tal como lo precisa Serra Domínguez¹⁰, la presunción no es un medio de prueba, sino que funciona una vez incorporados al proceso los resultados de los medios de prueba —en nuestro caso los referidos en el artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles—, los que son valorados críticamente por el juez. En este sentido, solamente cuando el juez crea acreditado un hecho determinado se puede formar la presunción, superponiéndose a los resultados de los medios de prueba en concreto.

Además, para que la presunción pueda constituirse es necesario que la afirmación base haya quedado plenamente acreditada. Si mediante la presunción se pasa de un hecho conocido a otro desconocido, es inescindible a la propia naturaleza de la presunción que el hecho o afirmación base sea conocido plenamente por el juez, lo cual ocurre solamente a través de la prueba efectuada en el proceso, que haya provocado una convicción afirmativa del juez en torno a la realidad de la afirmación base.

Lo expresado anteriormente fuerza necesariamente a tratar el artículo 337 del Código de Procedimientos Civiles. En él se dice que: «Las partes deben probar los hechos que aleguen, excepto aquellos que se presumen conforme a ley». En efecto, una interpretación literal de esta norma podría llevar a pensar que basta que exista una presunción a favor de una persona, y que ésta la alegue y nada más. Pero esta interpretación es muy limitada, ya que, como hemos visto, la afirmación base tiene que ser necesariamente probada por la parte favorecida, haciendo uso de cualquiera de los medios probatorios establecidos en el mismo código (artículo 347). Si no se cumple con lo anterior se incurre en la sanción prevista en el artículo 338, también del mismo código.

2.2 Afirmación resultado

El segundo elemento es la afirmación resultado, afirmación consecuencia o afirmación presumida, directamente relevante a los fines de la prueba, que será utilizada en el juicio de hecho de la sentencia.

¹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «De las presunciones», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones* (Manuel Albaladejo, director), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, t. XVI, vol. 2, pág. 560.

Sobre este elemento, el mismo Serra Domínguez¹¹ anota que la característica principal de la afirmación presumida es su diversidad respecto de la afirmación base, agregando que la afirmación presumida no sólo tiene que ser distinta de la afirmación base, sino que además no debe estar comprendida en las notas de la primera. Utiliza el siguiente ejemplo: si la afirmación base está compuesta por $A + B$, la afirmación resultado tiene que ser forzosamente distinta de A , de B y de $A + B$. Caso contrario no existiría una nueva afirmación, sino una desintegración de afirmaciones preexistentes. Ya en la práctica, agrega, esta característica ha de servir para distinguir las verdaderas presunciones, que conllevan la formación de nuevas afirmaciones presumidas, de las presunciones aparentes, que incluyen en la nueva afirmación notas ya comprendidas en la afirmación base, y que no tienen carácter experimental, sino exclusivamente lógico-deductivo.

2.3 El enlace

Por último, el elemento individualizador de la presunción es el enlace, que permite el paso de la afirmación derivada de los medios de prueba, a la afirmación presumida relevante para el juicio de hecho de la sentencia. En cuanto al contenido del enlace se refiere, Serra Domínguez¹² nota en el mismo las máximas de la experiencia comunes, es decir, aquellas que pertenecen al patrimonio cultural del juez como integrado en una sociedad determinada, y al mismo tiempo específicas del caso concreto puesto a la resolución judicial.

Sobre estos elementos, debemos dejar establecido que, tratándose de la presunción legal, los mismos ya vienen determinados por el legislador en la norma en concreto, lo cual quiere decir, tal como lo hemos venido sosteniendo, que acreditada la afirmación base —vía los diferentes medios probatorios que existen establecidos en el C. de P.C.— en un proceso, el juez aplica la presunción, es decir, da por cierta la afirmación presumida, que es lo que se presume; situación esta última que se mantiene hasta que no ocurra la prueba en contrario que acredite la inexistencia o no veracidad, sea de la afirmación base o de la afirmación presumida¹³.

¹¹ *Ob. cit.*, pág. 560.

¹² *Ibidem*.

¹³ ZAVALA TOYA, Salvador, *ob. cit.*, págs. 143 y 144.

La razón de lo manifestado en el párrafo anterior tiene que ver con la finalidad judicial que se persigue con las presunciones legales: restringir el arbitrio del juez en la apreciación de las pruebas facilitándole la decisión de las cuestiones de hecho a él sometidas¹⁴, y que Alsina¹⁵ explica al decir que «al igual que el juez, el legislador tiene en cuenta que según el orden de la naturaleza, de ciertos hechos derivan determinados efectos, y, entonces por razones de orden público, vinculadas al régimen jurídico, impone una solución de la que aquél no puede apartarse».

3. Presunción y conceptos afines

Lo que viene ahora resulta ser la esencia de toda la problemática en cuanto a la conceptualización teórica de la presunción se refiere. Nos estamos refiriendo a la distinción ineludible que debe hacerse de la presunción con otras figuras jurídicas.

Somos de la opinión de que el legislador no tuvo en claro el concepto de la presunción (o al menos de sus elementos fundamentales). Las razones resultan explicables: inexistencia de un tratamiento sistemático de su problemática, recepción mecánica de ordenamientos civiles extranjeros (con su correspondiente conceptualización), aunado todo esto al trabajo aislado de cada uno de los ponentes del código vigente, que en definitiva impidió ponerse de acuerdo por lo menos en criterios generales que luego deberían ser traducidos a las normas en concreto.

3.1 Presunción e indicio

Dellepiane¹⁶, a la pregunta de ¿qué es un indicio?, se responde que «es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o

¹⁴ PAYÁN ROMERO, Simón, *La carga de la prueba y su estructura en materia civil*, Imprenta Departamental Cali, Bogotá, 1965, pág. 83; CARNELUTTI, F., *ob. cit.*, pág. 539.

¹⁵ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, 2.^a ed., Ediar, Buenos Aires, 1961, t. II, pág. 697.

¹⁶ *Ob. cit.*, pág. 57.

mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido». Pero, con este autor, nos podemos hacer otra pregunta —consecuencia de la anterior— en el sentido de: ¿cómo es que, mediante un hecho comprobado, podemos llegar a conocer otro que ignoramos y que ni ha sido percibido por nosotros, ni ha caído bajo la percepción de un testigo que nos lo cuenta, ni ha sido consignado en documento escrito alguno, ni nos ha sido revelado por su autor? La respuesta no se hace esperar: «merced a una operación de la mente, como acabamos de adelantarlo, merced a una inferencia, que, para conseguir tal fin, se apoya en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas».

Como dos conceptos inescindibles, Carreras¹⁷ 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 probandi*». En este sentido no cree posible separar el indicio de la presunción, ya que ésta, se tome como juicio o resultado del mismo, presupone siempre la existencia del indicio.

En nuestro medio, Alzamora Valdez¹⁸, luego de definir el indicio como todo hecho indicador de otro hecho gracias a una relación que existe entre ambos hechos a la que no se llega sino por medio de un razonamiento, entiende que «mientras la presunción es la operación mental misma, el indicio es el hecho indicador».

La diferencia que anota Rivera Concha¹⁹ nos parece la más acertada, ya que si bien reconoce que entre la presunción y el indicio existe comunidad de elementos (hecho conocido, inferencia lógica y hecho desconocido; afirmación base, enlace y afirmación resultado, según nuestra nomenclatura), también es verdad que «en la presunción el segundo elemento, el raciocinio, ha sido fijado de antemano por el legislador, mientras que en el indicio debe ser elaborado por el juzgador».

¹⁷ *Ob. cit.*, pág. 565.

¹⁸ ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Derecho procesal civil. Teoría del proceso ordinario*, Ediciones Peruanas, Lima, 1966, págs. 121 y 122.

¹⁹ *Ob. cit.*, pág. 17.

3.2 Presunción y ficción

En el momento en que la ley requiere, en un caso dado, crear un efecto jurídico determinado, de acuerdo a la equidad natural, efecto que no proviene sino de un hecho sin existencia, o de uno contra la realidad, produce lo que se conoce como ficción legal.

Alzamora²⁰ explica la ficción como una suposición que hace el derecho sobre la existencia o la realidad de algo que no existe de diversa manera, a fin de lograr, mediante una aplicación de determinadas normas, consecuencias jurídicas que no se obtendrían de otro modo; y que mientras las presunciones se fundan en leyes de probabilidad, las ficciones «son verdaderos artificios, es decir, puras creaciones del derecho».

Amplía la idea de las leyes de probabilidad, Chiovenda²¹, al decir que «cuando, según la experiencia que tenemos del *orden normal* de las cosas, un hecho es causa o efecto de otro hecho, o cuando acompaña a otro hecho, nosotros, conocida la existencia de uno de ellos, presumimos la existencia del otro. La presunción es, pues, una convicción fundada en el orden normal de las cosas y que dura mientras no se pruebe lo contrario».

Alsina²², justificando su existencia, diferencia ambos conceptos diciendo que la presunción es la consecuencia jurídica que se saca de un hecho que se tiene por existente, en tanto que la ficción se funda en un hecho consecuentemente inexistente, y mientras aquella tiene por objeto suplir la insuficiencia de la prueba directa, ésta «corresponde a las exigencias de un sistema jurídico, por lo que Ihering ha definido a las ficciones como mentiras técnicas cosagradas por la necesidad».

Pese al consenso existente en la doctrina al diferenciar ambas figuras jurídicas, no resulta explicable lo que afirman algunos autores como Jofré²³

²⁰ *Ob. cit.*, pág. 122.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho procesal civil*, 2.ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, t. III, pág. 260.

²² *Ob. cit.*, pág. 685.

²³ JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimiento* (civil y penal) 5.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1941, t. III, pág. 411.

para quien «el legislador puede tomar por fundamento, al establecer una presunción, lo que ocurre de ordinario, o una ficción», alegando que es indiferente para el intérprete el estudio de los motivos que lo han inspirado, y que, finalmente lo que está en juego es siempre una regla de derecho.

Uno de los varios casos de ficciones que ha establecido el legislador en el Código, es el contenido en el artículo 62 que establece que:

«Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios.»

La tesis de la conmoriencia que trae la norma reproducida establece que, ante la ausencia de prueba sobre el momento de la muerte de dos o más personas, las «presume» muertas al mismo tiempo. Como resulta fácil advertir, esta última circunstancia (muerte simultánea) es imposible de ocurrir en la realidad, ya que la afirmación resultado (que implica como hemos visto un orden normal) no puede llegar a establecer que dos eventos puedan ocurrir en un mismo instante, sino más bien sucesivamente, uno después de otro. En todo caso, si la ley no la hubiera creado (la ficción) los problemas que se presentarían en la práctica serían de tal índole que harían inaplicable la justicia en multitud de casos.

Otro caso de ficción viene en el artículo 2012 del mismo código:

«Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.»

Más que una presunción —aunque del contenido literal de la norma podría pensarse que sí lo es—, nos encontramos ante una ficción, ya que el hecho de que toda persona tiene conocimiento de las inscripciones no es un hecho que pueda ocurrir normalmente en la realidad.

Existen excepciones a esta ficción, que toma el rigor de una norma imperativa —no de una presunción absoluta o *jure et de jure*, cuya existencia negamos, y que no tiene nada que ver con la presunción *juris tantum* o propia, ya que ésta para ser considerada como tal, siempre admite la prueba de lo contrario—, tales como las contenidas en los artículos 1597, referida

al retracto, y 2034 y 2038, respecto a las inscripciones diversas y en diversos lugares.

La fundamentación sobre la inexistencia de las presunciones absolutas o *jure et de jure* puede encontrarse en el trabajo realizado y en la bibliografía allí citada²⁴. Baste ahora, por limitaciones de espacio, citar solamente a Trazegnies²⁵, quien sostiene que «una presunción que no puede ser enervada es una realidad para el derecho». En realidad, es unánime, desde el siglo pasado, el repudio doctrinal de las presunciones *jure et de jure*. Son rarísimos los autores que admiten la existencia real de tales presunciones, y más raros todavía los que intentan defender su utilidad.

3.3 Presunción y norma legal absoluta

Manresa²⁶ hace una distinción meridiana al respecto. Así expresa que «pudieran confundirse dos cosas distintas, las presunciones que la ley establece, que ella declara, con aquellos preceptos que consigan una regla, generalmente una prohibición basada en la probabilidad de males que en caso contrario ocurrirían y que se trata de evitar. = Unos ejemplos aclararán esas diferencias. Cuando la ley, verbigracia, declara nulo el matrimonio entre el raptor y la robada, o se opone al del tutor con la pupila, o condena las donaciones de un cónyuge a ciertos parientes del otro, lo hace indudablemente suponiendo que en esos actos habría violencia, engaño, fraude o perjuicio, y sin embargo, no formula presunciones de tales motivos para el precepto legal origen del mismo, mas no pasaron a él, no las declaró, sino que sentó una regla absoluta. = Estas diferencias pueden expresarse, a nuestro juicio, diciendo que hay presunciones legales cuando la ley declara la relación entre los hechos, mas no cabe que los haya cuando sin declarar la relación se prohíbe, aunque sea por la posibilidad de la misma, la realización de uno de dichos hechos. = Esta distinción puede tener importancia práctica ya

²⁴ *Ob. cit.*, pág. 685.

²⁵ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual* (Biblioteca Para Leer el Código Civil. vol. IV), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, t. I, pág. 157.

²⁶ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, Reus, Madrid, 1967, t. VIII, vol. 2, pág. 272.

que por lo general cabe prueba para desvirtuar las presunciones legales, y en cambio no sería admisible la encaminada a demostrar que los motivos probables de lo establecido en algún precepto, no habrían concurrido en un caso determinado».

Para quienes consideran iguales a las normas imperativas con las denominadas presunciones absolutas o *jure et de jure* (que en realidad no existen), en razón de no admitirse prueba en contra, valga lo expresado por Rivera Concha²⁷, quien reconoce haber diferencias claras al respecto; así, «no puede asegurarse que la norma imperativa sea una presunción experimental y lógica ni mucho menos que sean iguales sus efectos. Mientras la presunción se basa en la probabilidad más o menos cercana a la certeza, más o menos lejana de la opinión, la norma imperativa ha sido engendrada por la certeza misma y en ella lo probable no juega papel alguno». Además, agrega, «los efectos no son los mismos; la norma imperativa no necesita probarse ni admite prueba en contra».

Veamos algunos ejemplos. Tenemos el artículo 1688 del Código, que ordena:

«El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.

Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.

Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos.»

La norma reproducida es imperativa en cuanto a su naturaleza, ya que ordena sin más la duración de los contratos de arrendamiento sobre bienes pertenecientes a particulares, a entidades públicas o a incapaces, evitando la existencia de contratos de duración indeterminada. El último párrafo, en virtud del principio de preservación contractual, ordena que el plazo o prórroga que exceda de los términos allí fijados no traerá como consecuencia la invalidez del contrato, sino la reducción a dichos plazos.

²⁷ *Ob. cit.*, págs. 29 y 30.

Otro ejemplo es el artículo 1970 del Código, que establece:

«Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.»

Trazegnies²⁸, en crítica —que compartimos— a quienes consideran que la responsabilidad por riesgo no es realmente un caso de responsabilidad objetiva, sino más bien una presunción *jure et de jure*, afirma que: «Esta tesis es insostenible, pues una presunción que no puede ser enervada es una realidad para el Derecho. ¿Cómo puede hablarse todavía de culpa si, aunque puedo demostrar que no tuve culpa en la comisión del daño, no se me deja probarlo? La inversión de la carga de la prueba que hemos encontrado en el artículo 1969 juega el papel de una presunción *juris tantum*; siempre queda la posibilidad de probar que no se tenía culpa. Pero cuando esa posibilidad ha sido suprimida, hablar de culpa es incurrir en una piadosa ficción: se responde porque se es causante; y la referencia a la culpa —vía la presunción— no es sino un homenaje al difunto. En realidad, la presunción *juris et de jure* de culpa no es sino una forma de plantear —ilícitamente— la responsabilidad objetiva con el lenguaje de la culpa, se recurre todavía a la terminología subjetiva; en otras palabras, se viste a la responsabilidad objetiva con sedas subjetivistas. Pero en el fondo, para cualquier espíritu naif (lo cual puede ser útil en numerosas ocasiones) estamos simple y llanamente ante la responsabilidad objetiva».

Se trata, pues, de una norma imperativa que traduce la opción de la responsabilidad objetiva asumida por el legislador del Código vigente.

3.4 Presunción, silencio, «voluntad presunta» y normas de interpretación

En cuanto al silencio se refiere, Messineo²⁹ explica que «diverso de la decla-

²⁸ *Ob. cit.*, pág. 157.

²⁹ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1952, t. II, pág. 361.

ración tácita, es el denominado silencio, que no es un hecho positivo concluyente, sino hecho negativo, esto es, inercia o inactividad, o sea, omisión de cualquier comportamiento. Que el silencio pueda valer, en general, como declaración de voluntad, se niega justamente (qui tacet neque negat, non utique fatetur), siendo falso para el derecho el dicho vulgar de “quien calla otorga”. El silencio, por sí es comportamiento equívoco y neutro». En igual sentido, Stolfi³⁰.

Vidal Ramírez³¹, siguiendo al maestro León Barandiarán³² manifiesta que el silencio no es manifestar la voluntad ni expresa ni tácitamente, esto es, no exteriorizarla. Se trata de una abstención de dar a conocer la voluntad interna por cualquier medio, no siéndole aplicable al silente la máxima «el que calla otorga» ni, en consecuencia, considerar su silencio como una voluntad tácita ni menos como voluntad presunta.

Ahora, conforme al artículo 142 del Código:

«El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.»

Esta solución, como la explican Manuel de la Puente y Susana Zusman³³, no significa que la ley o el convenio traten de presumir cuál es la voluntad del silente, sino que se da al silencio el valor de determinada declaración de voluntad, de tal manera que si el sujeto calla sabe que con ello está dando lugar a que su actitud tenga los efectos jurídicos que señala la ley o se hayan convenido entre las partes.

El mismo Messineo³⁴ exige, por tanto, rechazar como impropia la lo-

³⁰ STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 208.

³¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico en el Código Civil peruano*, Cultural Cuzco, Lima, 1989, pág. 89.

³² LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, Ediar, Buenos Aires, 1954, t. I, pág. 66.

³³ *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, t. III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, pág. 47.

³⁴ *Ob. cit.*, pág. 363.

cución «voluntad presunta», cual si se pretendiera fingir que existía una voluntad que no existe (a esto se reduciría una voluntad presunta). En consecuencia, cuando se hable de voluntad presunta o se usen expresiones equivalentes, se quiere decir, en sustancia, que la ley atribuye autoritariamente, a algunos comportamientos del sujeto, un cierto significado; y vincula a ellos ciertos efectos; pero no que al sujeto se le atribuya una voluntad determinada.

Opinión que no adherimos es la de Albaladejo³⁵, quien expresa que: «Háblase de declaración presunta en los casos en que el derecho considera a cierto comportamiento (que no se encamina a declarar, o que no es, por su naturaleza, medio de declaración) como declarador de una determinada voluntad, es decir, la ley dispone que una conducta debe ser considerada como declaración de tal o cual voluntad. Se dice, entonces, que la ley deduce o presume la voluntad. Y la conducta que da base para tal presunción, se califica de declaración presunta». Continúa diciendo que: «En la declaración presunta es la ley la que establece que la conducta del declarante encierra probablemente una determinada voluntad».

En cuanto a las normas o reglas de interpretación, valga lo expuesto por Rosenberg³⁶, en el sentido de que «las reglas de interpretación no son 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». Criticando a Oertmann —quien concibe la regla de interpretación como presunción del valor declarativo de la declaración— explica que «tampoco en este caso la regla de interpretación es una verdadera presunción. Pues el valor declarativo de una declaración no es un hecho en el sentido de la prueba, sino que es el resultado de un trabajo mental del juez, logrado a base de una estimación jurídica concreta. Por eso, la disposición de que una declaración de voluntad deba entenderse en un sentido determinado, equivale a la regulación de una consecuencia como simplemente presunta. La ley no presume

³⁵ ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 87.

³⁶ *Ob. cit.*, pág. 190.

ese valor declarativo sino que lo prescribe; la prueba de que las partes tuvieron una voluntad distinta o que convinieron otra cosa, no es una refutación de este precepto, sino que lo hace inaplicable *in concreto*. De ningún modo, pues —concluye—, la regla de interpretación puede concebirse como presunción».

Especialmente, sobre el silencio, existen muchos ejemplos. Citaremos algunos de ellos. Veamos el artículo 673 del Código:

«La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa.»

No estamos frente a una presunción, sino frente a un caso de silencio —del heredero o de sus herederos si fuere el caso— al que la ley le atribuye un efecto concreto: aceptación de la herencia. La ley, menos el legislador, pueden presumir voluntad alguna.

Otro caso es el contenido en el artículo 970 del Código:

«Las cuotas de los copropietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario [...].»

Aquí se da el supuesto de silencio de los copropietarios en cuanto a la porción o cuota que les corresponde a cada uno de ellos, que trae el efecto legal de tenerlas por iguales. Empero, la prueba contraria hace inaplicable el efecto legal determinado.

3.5 Presunción y verdades interinas

Como un criterio para la individualización de la presunción, está el de que la norma de presunción enlace entre sí dos afirmaciones. Serra Domínguez³⁷

³⁷ *Ob. cit.*, pág. 590.

anota que este criterio es tal vez el más discutido y el que también aportará exclusiones. Explica que vía la presunción el juzgador extrae de la afirmación declarada que ha sido probada otra afirmación diferente, en mérito a un cierto enlace entre las dos. Es condición *sine qua non* que existan como mínimo dos afirmaciones. No cabe por ende presumir un hecho sin más, *per se*. Cuando la ley declara que la comunidad de bienes, la buena fe (artículos 311, inc. 1 y 914 de nuestro Código) o cualquier otra circunstancia «se presumen», sin agregar la afirmación de la cual se presumen, no nos encontramos ante una verdadera presunción, sino a lo más ante una dispensa de prueba. Y por haber sido establecida legalmente la referida dispensa de prueba y de una forma específica, tampoco nos encontramos propiamente ante tal dispensa, sino ante una variación del supuesto de hecho de una norma sustancial llevada a cabo en un caso concreto; el uso de la expresión «se presume» (o sus equivalentes: «se entenderá», «se tendrá», «reputará», «considerará», etc.) en los casos mencionados no obedece a la utilización del concepto jurídico de presunción sino totalmente a un expediente de errónea técnica legislativa.

Por todo lo cual, el mismo Serra Domínguez³⁸ entiende que el error del legislador ha consistido en dichos casos en identificar la factibilidad de la prueba en contrario con la existencia de una presunción. Al querer facilitar en unos casos dicha prueba de lo contrario se ha sugestionado hasta el punto de creer en la presencia de una presunción. Pero «la prueba en contrario es sólo uno de los efectos naturales de la presunción, pero no es el único ni es el más importante, ni tan siquiera es privativo de la presunción sino común a todos los medios de prueba». Para poner en evidencia en estos casos el error del legislador, es suficiente con retirar de la norma la palabra «presunción» y variar el contexto literal de la misma. Se observa que pese a ello el precepto legal continúa teniendo pleno sentido, y el artículo así obtenido no se puede confundir con una presunción.

Termina diciendo Serra Domínguez³⁹ que «las verdades interinas no son presunciones, sino únicamente reglas legales de la carga de la prueba», y que como en las llamadas verdades interinas no se produce una facilitación de la prueba sino una inversión de la carga de la misma, esta-

³⁸ *Ob. cit.*, pág. 591.

³⁹ *Ob. cit.*, págs. 591-593.

mos pues ante un fenómeno con repercusiones probatorias que nada tiene que ver con la presunción.

De igual modo, Rosenberg⁴⁰ es de la opinión de que es un error calificar de presunciones a las regulaciones ordinarias de la carga de la prueba, las que se enuncian expresamente en la ley o se manifiestan por el modo de su redacción.

Este último autor⁴¹ explica que «Unger ha llamado a esas presunciones aparentes verdades provisionales (interinas), porque mediante ellas, sin otra suposición previa, cambia por completo el tema y la carga de la prueba y la carga correspondiente pasa a su adversario; de este modo las ha separado de las presunciones verdaderas, que sólo permiten a la parte probar un hecho distinto del que en realidad debería probar, porque de la existencia de ese hecho el juez, gracias a la prescripción legal, tiene que concluir que también existe este último; la verdadera presunción, por lo tanto, sólo facilita la prueba».

Un ejemplo que podemos citar, es el contenido en el artículo 914 del Código:

«Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario.

La presunción a que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona.»

¿Cuál es la afirmación base de la cual partiría la supuesta presunción? No existe. ¿Cuál es el enlace que une la afirmación base con la afirmación resultado? Tampoco existe, y no existirá en vista de que no tiene una afirmación base de la cual partir, para luego unirla con la afirmación resultado (que es lo que se presume). Simplemente «se presume» *per se* la buena fe del poseedor, y se establece la posibilidad de «salvo prueba en contrario», como si con expresiones tales pudiera pensarse en la existencia de una presunción.

⁴⁰ *Ob. cit.*, págs. 183 y 184.

⁴¹ *Ob. cit.*, pág. 187.

4. A manera de resumen

En primer lugar debemos decir que pretender, seriamente se entiende, establecer la existencia de una norma de presunción, pasa ineludiblemente por la toma de una actitud básica, a saber, la de no dejarse llevar únicamente por el contenido literal de la norma, en vista de que expresiones tales como: se presume, se reputa, se entenderá, se tendrá, salvo prueba en contrario, etc., no implican necesariamente que nos encontremos frente a una presunción.

En segundo término, debemos ubicar en la norma en concreto la presencia de los elementos propios de la presunción, esto es: la afirmación base (AB), la afirmación resultado (AR) y el enlace (E). Como se podrá notar al examinar una norma en concreto, será suficiente con ubicar los dos primeros, ya que el último, el enlace, aparece subsumido en la norma, vía la máxima de la experiencia aplicada en la presunción establecida. Veamos por ejemplo el artículo 915 del Código; la ubicación de los elementos es como sigue:

AB = El poseedor debe acreditar que poseyó el bien antes y ahora.

AR = Se presume que poseyó en el tiempo intermedio.

Cabe la pregunta: ¿cuál sería la prueba en contrario? La prueba en contrario puede ser en primer lugar contra la afirmación base, esto es, demostrar que el sujeto favorecido con la presunción no poseyó ni antes, ni posee ahora; y también en contra de la afirmación presumida, o lo que es lo mismo, demostrar que el mismo beneficiado con la presunción no poseyó en el tiempo intermedio.

Las presunciones legales obedecen, como su nombre lo indica, a un precepto legislativo de origen sustancial, por medio del cual se ordena dar por establecido algún hecho (consecuencia), siempre que otro, indicador del primero, haya sido acreditado en forma suficiente. Se distingue así, claramente de:

a) *Los indicios*, porque éstos son elaborados por el juzgador, mientras que la presunción (y la consecuencia por ella determinada) ha sido fijada previamente por el legislador.

b) *La ficción*, en vista de que ésta fija un hecho falso o imposible de ocurrir en la realidad, y de modo incontrovertible; en cambio la presunción fija una consecuencia probable, posible de ocurrir en la realidad, que admite prueba en contrario.

c) *La norma legal imperativa o absoluta*, porque ésta ha sido engendrada por sí misma y en ella lo probable no cuenta para nada, constituyéndose en una realidad para el Derecho, que no admite ningún cuestionamiento; la consecuencia determinada por la presunción tiene el carácter de relativa, ya que se puede probar en contrario.

d) *El silencio*, que es inercia, inactividad, no es voluntad tácita, menos «voluntad presunta», ya que es la ley o son las partes quienes en tal supuesto, conforme al artículo 142 del Código, determinan previamente ciertos efectos; la presunción no «presume» voluntad alguna, ya que ésta se expresa o no, y en este último caso, el silencio la excluye por incompatible.

e) *Las normas de interpretación*, ya que éstas toman como único presupuesto o material de trabajo la declaración de voluntad cuyo sentido se establece. La ley no presume ningún valor declarativo sino que lo prescribe.

f) *Las verdades interinas o presunciones aparentes*, que «presumen» sin más la afirmación resultado (consecuencia) sin unirla a otra afirmación base, no siendo por tanto más que simples reglas de la carga de la prueba.

5. Resultados obtenidos

Como consecuencia de la exégesis de las normas relativas a las presunciones en nuestro Código Civil, tenemos los siguientes resultados:

a) Normas que contienen presunciones *iuris tantum*:

Libro

Personas : 41, 63 y 136.

Acto jurídico : 165.

Familia	: 311 (inc. 3.), 361 (complementada por los artículos 363, 366, 370 y 375), 402 (complementada por el artículo 403) y 415.
Sucesiones	: 665.
Reales	: 912, 913, 915 y 994.
Obligaciones	: 1139, 1226, 1231, 1232, 1273, 1297, 1298 y 1329.
Fuentes de las obligaciones	: 1361, 1374, 1397, 1411, 1448, 1506, 1655, 1679, 1683, 1685, 1731, 1741, 1781, 1825, 1826, 1969 y 1974.
Registros públicos	: 2014.

b) Normas que contienen casos de ficción:

Libro

Personas	: 35 y 62.
Fuentes de las obligaciones	: 1686.
Registros públicos	: 2012.
Derecho internacional privado	: 2068.

c) Normas imperativas:

Libro

Personas	: 73.
Familia	: 311 (inc. 2) y 362.
Fuentes de las obligaciones	: 1688, 1700, 1970, 1979, 1980 y 1981.

d) Normas que contienen casos de silencio:

Libro

Acto jurídico : 147 y 179.
 Familia : 295.
 Sucesiones : 673 y 800.
 Reales : 970, 993, 1028, 1057 y 1101.
 Obligaciones : 1173, 1183 y 1203.
 Fuentes de las obligaciones : 1363, 1381, 1416, 1486, 1547, 1548, 1606, 1611, 1656, 1676, 1689, 1690, 1701, 1758, 1761, 1778, 1779, 1782, 1791, 1806, 1818, 1915 y 1931.

e) Normas que contienen verdades interinas:

Libro

Familia : 311 (inc. 1).
 Reales : 914.
 Registros públicos : 2013.

Como se podrá notar, la figura jurídica con la cual la presunción es más confundida, es el silencio, a lo que hay que agregar que de los 36 casos encontrados a lo largo del Código, 23 pertenecen al libro «Fuentes de las obligaciones». Una concordancia de las normas de este último libro con lo dispuesto por el artículo 142 del mismo código, sería suficiente para evitar tal confusión.

La justificación de cada artículo, en cuanto a la denominación que le hemos atribuido, puede revisarse en la misma investigación realizada⁴².

⁴² *Ob. cit.*, pág. 66 y ss.