

Presunciones y conjeturas.

Leandro T. Pacheco Barassi

La presente ponencia esta destinada a examinar varias cuestiones a raíz de un núcleo común. La ya inveterada cuestión de la científicidad del saber jurídico es una polémica que lejos de estar zanjada sigue desarrollándose en la literatura jurídica contemporánea; nuevos estudios y “paradigmas” (por utilizar la expresión acuñada por Kuhn) reclaman vigencia en lo que hace a la ciencia en general y a la jurídica en particular. En la siguiente *apostilla* se describen sucintamente cuales son las notas que uno de los grandes epistemólogos contemporáneos, Karl R. POPPER, atribuyó a la ciencia generando una nueva propuesta en lo que concierne al “que” y “como” de la racionalidad científica. Las muy conocidas -para juristas, abogados y estudiantes de derecho- ***presunciones*** se nos revelan como un sector de la realidad jurídica especialmente atractivo para debatir si los cánones del pensador vienés se podrían sostener como patrón metodológico de la ciencia del derecho, o no. Se es conciente de que el presente trabajo no analiza “in extenso” las características de los métodos; en cierta forma es solo “mostrativo”, pero creemos que esta ausencia –que dicho sea de paso es voluntaria- no constituye un obstáculo al propósito inmediato del mismo, a saber: *mostrar* como es posible tratar de indagar desde distintas configuraciones la “metodología” del saber jurídico con éxito.

SUMARIO

I-Introducción II-Ciencia y Método: el planteo de Sir Karl R. Popper III-Método y Técnica IV-Presunciones V-Conclusión Integradora

I-Introducción

La presente ponencia no debe entenderse como un análisis, ni siquiera como una mera exposición, de los complejas y profundas cuestiones que suscita la problemática del *conocimiento de lo jurídico*. Ciertamente, desde antiguo hasta nuestros días, no deja de disputarse esa posibilidad de conocer el derecho en el marco de lo que ha dado en llamarse una *querella sobre la ciencia del derecho*¹. Sucede que entendemos como

¹ *Vid.*, siguiendo al KALINOWSKI de *Querelle de la science normative*, MASSINI CORREAS, Carlos I., “Querella sobre la Ciencia del Derecho”, *La Ley* 1982-A, págs. 827 a 839.

posible un conocimiento en distintos niveles del derecho, así como su naturaleza de *realidad práctica*².

La ciencia en general, y la jurídica en nuestro caso, se vale de un *método*³. Según una oportuna definición de BONNECASE este es “Las directivas seguidas por el espíritu humano para penetrar en un objeto cualquiera del conocimiento humano y llegar a hacerse dueño”⁴.

El derecho y su ciencia se sirven de pautas o patrones metodológicos. Entendemos como susceptible de ser comprendido en este *momento metodológico* a las *presunciones* y especialmente a las *presunciones iuris tantum*⁵.

El propósito de esta apostilla es exponer como el sendero que sigue la ciencia jurídica con las presunciones *iuris tantum* puede ser explicado como análogo al *método* que siguen otras ciencias en cuanto a una de las posibilidades de *creación* de la

² Cfr. de entre una inmensa bibliografía y distintas perspectivas BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984; GORDILLO, A., *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer.*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1999; KAUFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992; MARTINEZ DORAL, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Eunsa, Pamplona, 1963; MASSINI CORREAS, Carlos I. *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.; NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de 'Ciencia' Jurídica*, Fontamara, México, 1993, págs. 9 a 18; QUINTAS, Avelino, “La continuidad entre la dogmática jurídica, la teoría general y la filosofía del derecho”, en *Sapientia*, N. 69 y 70(jul.-dic), Buenos Aires, 1963; RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “El derecho como saber práctico y los derechos humanos como su última ratio”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato(coord.), *Los derechos individuales ante el interés general*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998, págs. 15 a 32; RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato(coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2000 y “La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg”, en *El Derecho*, edición del día 6/12/1999; RUIZ –GIMENÉZ CORTÉS, Joaquín, *Introducción a la Filosofía Jurídica*, E.P.E.S.A., Madrid, 1960.

³ Se coincide plenamente con KAUFMANN cuando sostiene que el conocimiento jurídico precisa de un *método racional*, con la oportuna salvedad de que “en donde por ‘racional’ no se considera sólo la actividad del *entendimiento* que analiza conceptualmente, sino también el proceso de la *razón*, que tiende a la relación y a la unidad del saber, esto es, no sólo racionalidad formal sino también material”. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, trad. Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, págs. 130 a 131.(Las bastardillas y el entrecorillado son del original).

⁴ Vid. BONNECASE, J., *Introduction a l'étude du droit*, Sirey, París, 1931, pág. 271. Citado en BADENNES GASSET, Ramón, *Metodología del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1959, pág. 17.

⁵ El Profesor SITNISKY ha ensayado una aproximación y ligazón entre el método hipotético-deductivo, la abducción de PEIRCE y las presunciones en SITNISKY, Mario, *Simulación*, Editorial Besana, Buenos Aires, 1999, págs. 31 a 45. Creemos que la principal diferencia en cuanto al tratamiento de este tema es que las presunciones a las que se refiere el mentado autor parecerían ser las presunciones “de los hombres”(vid. Infra IV). En estas líneas vamos a sostener que no todas las presunciones pueden ser idóneamente analizadas desde la propuesta popperiana, sino sólo y básicamente las denominadas *iuris tantum*. Por otro lado admitiendo que el conocimiento jurídico se desarrolla en, principalmente, cuatro niveles; a saber: filosófico, científico, casuístico y prudencial, las *presunciones aut iudici* serían mejor comprendidas desde la tipicidad de los niveles casuístico-prudencial. Todo esto sin perjuicio del punto de partida común de ambas, la “realidad jurídica”. En abono de lo dicho cotéjese la distinción entre las presunciones que establece el mismo art. 163, inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

presunción(*método inductivo*) pero quizás lo que resulte más novedoso sea que tal aproximación (inductiva) no sería la única sino que cabe la posibilidad de su comprensión epistémica desde la *falsación* o *falsabilidad* ante sede tribunalicia como similar a lo que propone una de las teorías del conocimiento, con su respectiva tipicidad de la racionalidad científica, que más influencia e impronta ha sabido mostrar en el terreno de la epistemología contemporánea⁶ y dicho esto con independencia de nuestro examen valorativo sobre dicha teoría que solo será ofrecido en forma sucinta *infra*.

II-Ciencia y Método. El Planteo de Karl R. Popper⁷

En este apartado vamos a ceñirnos a la exposición de algunos de los planteos básicos de la filosofía de la ciencia de POPPER. Comenzamos con el *problema o criterio de demarcación*. Aquí introducimos el principio de *falsabilidad* que, en la línea de lo sostenido por MARDONES “La idea fundamental de la epistemología popperiana gira entorno del principio de falsificación, o sea, la demostración del error. Este principio nos da el criterio popperiano de demarcación entre teorías empíricas(científicas) y no empíricas. El método científico, que según POPPER es único en todo campo de investigación científica, se desarrolla en forma de tríada: problema-conjetura-refutación(crítica)”⁸. Mas en boca del mismo POPPER “Llamo *problema de la demarcación* al de encontrar un criterio que nos permita distinguir entre las ciencias empíricas, por un lado, y los sistemas ‘metafísicos’, por otro”⁹. En el mismo sentido, este criterio, permite también la demarcación de la ciencia de lo que él llama

⁶ Vid. ARTIGAS, Mariano, *Karl Popper: Búsqueda sin término*, Editorial Magisterio Español S.A., Madrid, 1979, págs. 7 y 8. Cabe agregar que la influencia de la obra de POPPER trasciende los límites de la pura sede epistemológica y de resultas se extiende a otros ámbitos como, v.gr., el politológico y sociológico. Vid. DUNN, John, *La agonía del pensamiento político occidental*, trad. Carlos Martín y Carmen Gonzalez, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, nota 50, pág. 81. La relación de amistad, así como la afinidad intelectual, entre POPPER y HAYEK podemos encontrarlas básicamente a lo largo de *La sociedad abierta y sus enemigos*. Sobre este particular vid. SHEAMUR, Jeremy, “Popper, Hayek and Classical Liberalism”, en *The Freeman*, Vol.39, N.2, Febrary, 1989, págs. 71 a 73. Este artículo reviste un particular interés toda vez que su autor fue durante ocho años asistente de POPPER en la afamada *London School of Economics*.

⁷ Para una completa biografía del pensador vid. ARTIGAS, Mariano, *op. cit.*, pág.11 a 33. Sus principales obras de contenido epistemológico son: *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1971; *Conocimiento científico*, Tecnos, Madrid, 1974; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Paidós, Buenos Aires, 1967; *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*, Tecnos, Madrid, 1974; en co-autoría con ECCLES, J.C.: *The Self and It's Brain*, Springer, Berlín-Heidelberg-New York, 1977. Con un corte más político o sociológico sapiencial: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Buenos Aires, 1957 y *La miseria del historicismo*, Alianza-Taurus, Madrid, 1973. De un carácter mixto: *La responsabilidad de vivir*, Paidós, Buenos Aires, 1995; entre otras.

⁸ MARDONES, J. M. y URSÚA, N., *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica*, Colección Logos, Fontamara, Barcelona, 1983, pág. 59. Esto le ha valido a POPPER una dura crítica que acerca este núcleo de su pensamiento(en *La miseria del historicismo*, nuestro autor critica el “historicismo”de Hegel y Marx) a lo que sería la tríada hegeliana y su respectiva filosofía. Vid. SEBRELLI, J.J., *El vacilar de las cosas*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1995, pág. 125.

⁹ POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962, pág. 34.

pseudociencia, siendo ejemplos brindados por él autor, el marxismo y la teoría psicoanalítica de FREUD¹⁰.

Ahora bien, la *falsabilidad* como criterio de demarcación, implica que “Solo se admite una hipótesis o teoría como científica si es falsable, es decir, si pueden deducirse de ella implicancias contrastadoras lógicamente posibles que, en caso de ser establecidas como verdaderas mostrarían que dicha hipótesis es falsa”¹¹. Vale decir que solo es teoría científica aquella que es susceptible de ser falseada¹².

Dicho lo anterior, que es la suerte de base sobre la que se erige la teoría en cuestión, debemos concentrarnos en cual ha de ser el método propuesto para la actividad científica. Pero debemos dejar sentado, que para nuestro autor, existe *unidad del método* en la ciencia. Sostiene que “En esta sección voy a proponer una doctrina de unidad del método; es decir, la opinión de que todas las ciencias teóricas o generalizadoras usan el mismo método, ya sean ciencias naturales o ciencias sociales”¹³. Este postulado de raigambre tan monista es en cierta forma matizado; y por ello leemos “No pretendo afirmar que no existe diferencia alguna entre los métodos de las ciencias teóricas de la naturaleza y de la sociedad; tales diferencias existen claramente, incluso entre las distintas ciencias naturales, tanto como entre las distintas ciencias sociales”¹⁴.

Uno de los métodos más frecuentemente utilizados, especialmente en ciencias naturales, es la *inducción* o *lógica inductiva*. Pero es muy común en la actualidad, y POPPER tiene mucho que ver con ello, que se plantee a la par su talón de Aquiles o *el problema de la inducción*. El *principio de inducción* reza “Si en una gran variedad de condiciones se observa una gran cantidad de A y todos los A observados poseen sin excepción la propiedad B, entonces todos los A tienen la propiedad B”¹⁵. Dicho en una fórmula un poco más sencilla, aunque quizás excesivamente simplificada, *es el paso de lo particular a lo universal*¹⁶. POPPER frente al problema de la lógica inductiva propone

¹⁰ Cfr. ARTIGAS, Mariano, *op. cit.*, págs.36 a 39. No obstante véase en pág. 38 la consideración popperiana de la metafísica.

¹¹ LASO, Eduardo, “El racionalismo y la deducción”, en DÍAZ, Esther (ed.), *La ciencia y el imaginario social*, Biblos, Buenos Aires, pág. 163 a 164.

¹² Vid. POPPER, K. R., *La responsabilidad de vivir*, Paidós, Buenos Aires, 1995, pág. 33 y 34. Allí diferencia el “problema” del “criterio” de demarcación en lo que hace a su obra.

¹³ POPPER, K. R., *La miseria del historicismo*, Alianza-Taurus, Madrid, 1973. Citado de la recopilación de materiales de MARDONES, J. M. y URSÚA, N. *op. cit.*, pág. 60.

¹⁴ POPPER, K. R., *op. y loc. cit.* Para un planteo integral de la perspectiva de Popper en lo que hace a las Ciencias Sociales, vid. POPPER, K. R., “La lógica de las ciencias sociales”, en ADORNO, T. et. al., *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Grijalbo, Barcelona, 1973, págs. 101 a 119.

¹⁵ Está tomado de CHALMERS, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, Siglo XXI España Editores, Madrid, 1988, pág. 16.

¹⁶ Para una exposición del método inductivo vid. CASAUBÓN, J. A., *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*, Ediciones Estrada, Buenos Aires, págs. 87 a 93; SANGUINETTI, J. J., *La filosofía de la ciencia*

reemplazarlo por otro método : el método *hipotético deductivo*¹⁷. Conforme lo entiende ARTIGAS el planteo sobre el problema de la inducción es referido a tres problemas diferentes pero relacionados, a saber, la *psicología del aprendizaje*, el *método científico* y la *justificación lógica de la inducción*¹⁸. Nosotros hemos de centrarnos brevemente en los últimos dos por ser los más directamente comprometidos con nuestro tema.

i) *Justificación lógica de la inducción*: para el epistemólogo viene el problema de la inducción esta centrado en la relación lógica existente entre enunciados singulares y teorías universales; estas últimas resultan *no deducibles* de los primeros. Si a esto añadimos la *acrítica*¹⁹ afirmación de que “lo que es verdad en el dominio de la lógica, lo es también en el de la psicología”²⁰, podemos proseguir con el análisis.

Una versión del inductivismo es el llamado *verificacionismo*. Este sostiene que la verdad se obtiene progresivamente de la verificación de enunciados observacionales. Ahora bien, dichos enunciados pueden bien ser *verificados* o bien *refutados* por la contrastación con la realidad. Debemos agregar, y esto es central, que existe lo que ha dado en llamarse *asimetría* entre la verificación y la refutación. Detengámonos en esto. Sostiene CAMPAGNA que “Hay formas de razonamiento muy usadas en la justificación de los métodos científicos. Para determinar la validez o invalidez de estas formas de razonamientos, se utilizan ciertos medios lógicos. Uno de los más sencillos se llama ‘método de la analogía lógica’, que exige el conocimiento de las reglas lógicas-que son formas de razonamiento siempre válidas- y de algunas falacias”²¹. Lo antedicho implica que debemos cotejar el razonamiento que se sigue(en el *iter* investigativo-científico) con alguna regla lógica. Son muy utilizados el *modus ponendo ponens*(afirmo en la premisa y afirmo en la conclusión); y el *modus tollendo tollens*(niego en la premisa y niego en la conclusión). Respectivamente estas reglas devienen en impuras o *falacias* cuando, v.gr., hay afirmación del consecuente²². Vinculando lo anterior con el sistema popperiano resulta que en los procesos de cotejo o contrastación de hipótesis con la realidad se utilizan dos tipos de razonamientos. Como sostiene LASO, cuya exposición seguimos en esta temática, “La refutación se basa en un razonamiento deductivo válido: el *modus tollens*[...]En cambio la confirmación de la hipótesis nunca es segura, por basarse en un razonamiento inválido : tal es el caso de la falacia de afirmación del consecuente”²³. El

según Santo Tomás, Eunsa, Pamplona, 1977, págs. 225 a 260; VERNEAUX, R., *Epistemología General*, trad. del francés por L. Medrano, Herder, Barcelona, 1997, págs. 241 a 248.

¹⁷ Vid. POPPER, K. R., *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 15.

¹⁸ Cfr. ARTIGAS, Mariano, *op. cit.*, pág. 56 y ss.

¹⁹ Vid. ARTIGAS, Mariano, *op. cit.*, pág. 63.

²⁰ POPPER, K. R., *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 20. Citado en ARTIGAS, Mariano, *op. cit.*, pág. 63. Cfr. en este sentido, POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 27 y ss.

²¹ CAMPAGNA, M. C., “Verdad y validez”, en DÍAZ, E., *op. cit.*, pág. 135.

²² Para ejemplificaciones sobre esto *vid* la contribución citada en nota 21.

²³ LASO, Eduardo, *op. cit.*, pág. 160 a 161. Consúltese el ejemplo histórico que ofrece el autor en pág. 161 y 162.

falsacionismo ha dado gran importancia a esta *asimetría* entre el confirmar y el refutar. La *refutación* es más sólida que la *confirmación*.

ii) La *inducción* en tanto método científico: después de lo dicho *supra* i se puede entender como, siempre en la línea del pensamiento popperiano, la inducción *no es* el método a seguir en la labor científica. Por ello POPPER propone un cambio: el método de la investigación científica habrá de ser de una naturaleza *deductiva*; tal es el conocido *método hipotético deductivo*. Este consiste en “Tanto las ciencias naturales como las ciencias sociales parten siempre de *problemas*; de algo que despierta nuestra admiración, como decían los filósofos griegos. Las ciencias utilizan en principio para resolver esos problemas el mismo método que emplea el sano entendimiento humano: el método de *ensayo y error*. Expresado con más exactitud: es el método de proponer *tentativamente* soluciones de nuestros problemas y después eliminar las falsas soluciones como erróneas[...] Bien mirado, ese comportamiento parece ser el único lógicamente posible. Es el mismo comportamiento que ponen en práctica organismos inferiores, tan inferiores incluso como la ameba unicelular, cuando intenta solucionar un problema”²⁴. Podemos resumir el método hipotético deductivo de la siguiente forma :

- a) no se parte de la *observación* sino de *problemas*
- b) frente al problema los científicos proponen *hipótesis* como *intentos de solución*
- c) el investigador, [...] puede librarse a su imaginación y pensamiento creativo [...] La *objetividad* de dichas explicaciones se garantiza a posteriori [...]”²⁵; se entiende, por la posterior *contrastación*
- d) *deducción* partiendo de las hipótesis de enunciados observacionales
- e) realización del contraste con la realidad.
- f) la contrastación con lo fáctico es guiada conforme la regla lógica que es el *modus tollens*²⁶.

No puedo dejar de hacer algunas apreciaciones críticas sobre los planteos de POPPER, toda vez que hasta aquí, he tratado de ceñirme exclusivamente a *exponer* solo *descriptivamente* pero en forma sucinta algunas de sus ideas. En primer lugar estimo que su crítica de la inducción es excesiva. Como sostiene CASAUBON “Popper no da valor a la inducción porque para él, solo existe lo que Simard llama ‘inducción en materia contingente’; y aun a ésta la desvaloriza en exceso, en virtud de cierto nominalismo que no ve el ‘universal potencial’ en las cosas.[...]”²⁷. En este línea ARTIGAS se interroga “Pero, ¿es posible una adecuada caracterización de las ciencias experimentales que

²⁴ POPPER, K. R., “La teoría de la ciencia desde un punto de vista teórico-evolutivo y lógico”, en POPPER, K. R., *La responsabilidad de vivir*, Paidós, Buenos Aires, 1995, pág. 17. (Las bastardillas son del original).

²⁵ LASO, Eduardo, *op. cit.*, pág.159.

²⁶ Para la caracterización del método hipotético deductivo he seguido a LASO, Eduardo, *op. cit.*, págs. 159 a 160.

²⁷ CASAUBÓN, Juan A., *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*, Ediciones Estrada, Buenos Aires, 1981, nota 5, pág. 92.

prescinda completamente de la inducción? Parece que no[...]en ese sentido afirmamos que Popper se construye un adversario que le sirve de base para plantear su falso dilema”²⁸.

Por otro lado su *unidad del método*, aunque relativamente *matizada*, hace total exclusión de lo que es una verdadera premisa de una sana metodología, esto es, que como sostiene MASSINI CORREAS siguiendo en esto a JOLIVET “Ya hemos visto que todas las especificaciones del saber tienen su fundamento último en su objeto; también aquí el diferente objeto es el que fundamenta el uso de *distintos métodos* para llegar al conocimiento teórico o al práctico”²⁹. En análogo sentido su deficiente consideración de la metafísica, su extrapolación de *intuiciones parcialmente válidas* a ámbitos no idóneos para dicha extrapolación(p.171)³⁰ y su simplificación indiscriminada que se basa en que “[...]todo el planteamiento de Popper se basa sobre una reducción arbitraria de los problemas del conocimiento a sus aspectos lógico formales”³¹. Por último, y paradójicamente siendo esto muy importante no podemos extendernos, si bien puede concederse que lo *conjetural*, lo *provisorio* pueden tener cierta existencia en lo que hace al fenómeno del conocimiento no lo agota. No todo conocer es provisorio y *refutable*; piénsese en el terreno de los primeros principios del conocimiento práctico directamente comprometidos con el saber jurídico³².

III- Método y técnica

Luego del anterior repaso de las notas más relevantes de la teoría epistemológica popperiana hemos de centrarnos ahora en las *presunciones iuris tantum*. Pero con anterioridad a ello señalaremos las relaciones que existen entre *ciencia, método y técnica*.

²⁸ ARTIGAS, Mariano, *op. cit.*, pág. 59. Sostiene Kaufman refiriéndose a la deducción, inducción, abducción y analogía, “No se puede negar que estas formas de pensar existen y que uno(el jurista) las utiliza”(pág. 48) sin perjuicio que respecto de la inducción en concreto sostiene “[...]constituye una conclusión *sintética* que amplía nuestro saber, pero que resulta *problemática*.”(pág. 150, énfasis en el original) o “Pues, como se ha dicho, por entero sin un momento inductivo (completamente sin ser) no se puede proceder por antonomasia con el método jurídico. *Ergo*, la inducción resulta imprescindible para la creación del derecho”(pág. 159, énfasis en el original). *Vid.* ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, I, 1098 a 26 y ss.

²⁹ MASSINI CORREAS, C. I., *op. cit.* en nota 2, pág. 177.(la bastardilla es mía); Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín, *op. cit.* en nota 2, págs. 323 a 325.

³⁰ *Vid.* ARTIGAS, Mariano, *op. cit.*, págs. 171 a 175.

³¹ ARTIGAS, Mariano, *op. cit.*, pág. 66. Cfr. para una discusión sobre “lógica y convencionalismo” GUIBOURG, R. A. *et. al.*, *Introducción al Conocimiento Científico*, Eudeba, Buenos Aires, 1998, págs. 156 a157.

³² *Vid.*, para esta doctrina, GARCIA-HUIDOBRO, J., *Razón Práctica y Derecho Natural*, Edeval, Valparaíso, 1993, págs. 45 a 256.

La ciencia, que es conocimiento cierto por las causas, la *cognitio certa per causas*, esta íntimamente asociada a un *método*. Así, v.gr., JOSE MARIA DE ALEJANDRO define a la primera a propósito de la segunda; y así leemos que la ciencia es un conocimiento metódico y sistemático³³. El método, del griego *methodos* : camino a seguir, sirve de *guía* o *camino* para que la actividad cognoscitiva humana llegue a su fin que es la *veritas rerum*. Como bien ha dicho BADENES GASSET el *methodos* no nos proporciona el *que* sino el *como*³⁴. Definitivamente no podemos adentrarnos en las características ni en la enumeración de los distintos métodos; solo hemos de decir alguna cosa más en este artículo del *inductivo* y del *falsacionismo*³⁵.

Podemos tentativamente ir diciendo que la técnica jurídica es *una actividad tendiente a dar forma y concretar lo logrado metódicamente por la ciencia jurídica que reviste un carácter de instrumentalidad*³⁶.

Ahora hemos de tratar de unir y jerarquizar estos *momentos gnoseológicos* del derecho. Evidentemente hay una suerte de *continuidad* entre ellos; o dicho de otra

³³ Vid. DE ALEJANDRO, José María, *La Lógica y el hombre*, B.A.C., Madrid, 1970, pág. 375.

³⁴ Vid, BADENES GASSET, Ramón, *op. cit.* en nota 4, pág. 19.

³⁵ Vid. sobre los distintos métodos y sus clasificaciones BOCHENSKI, I.M., *Los métodos actuales del pensamiento*, trad. Raimundo Drudis Baldrich, Rialp, Madrid, 1958, *passim*; específicamente sobre inducción e hipotético-deductivo GUIBOURG, R. A. *et. al.*, *op. cit.*, págs. 169 a 175. Sobre inducción COHEN, M. y NAGEL, E., *Introducción a la lógica y al método científico*, Amorrortu, Buenos Aires, 1977, t. II, págs.97 a 103.

³⁶ Parece oportuno recordar la clásica definición de *ius* que en la tradición romana daba el gran jurista Celso, “*nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*” (Digesto, lib.I, tít. I, ley 1). A esta conocida definición bien se le ha apuntado que “Arte que persigue objetivos morales y de bien común[...]. Claro está que el arte debe quedar subordinado a la ciencia[...]. la técnica sólo es medio-indispensable sin duda, pero medio siempre-para realizar los fines que persigue la ciencia, y como tal debe adaptarse a ellos” (MOUCHET, C y ZORRAQUÍN BECÚ, R., *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 158.)

forma, la labor jurídico-sapiencial no es metódica pero no científica o científica pero no técnica en la generalidad de los casos, las “parcelas” del conocimiento jurídico son *interdependientes*. Pero antes de continuar en esto cabe hacer una aclaración en lo que si se quiere es una suerte de *prelación* de estos momentos. Como oportunamente tiene dicho DE CASTRO, el tópico del método “no constituye un problema independiente, sino subordinado. Método significa dirección dada al conocimiento respecto de un objeto, camino para seguir un saber teórico o para poder convertir en realidad práctica la teoría. Es necesario saber adónde se va antes de preguntarse como se va mejor. Se requiere partir de la idea del ser del Derecho para poder determinar con exactitud el método jurídico a seguir”³⁷. Vale decir que partiendo de la *ciencia*, de ella se sigue la necesidad de un *método*, y de este *conocer metódico* se sigue la elaboración de distintas *técnicas*³⁸, a los fines de una traducción instrumental de lo logrado científicamente, que como veremos luego, no deja de estar informada y nos dice datos de los métodos que para su producción se han seguido. Como de similar modo sostiene BIELSA “El método es el camino que se debe seguir para lograr un fin, un objetivo, constructivo o crítico y que presupone una actividad orgánica, unitaria, de orientación definida; por eso tiene función directriz. Pero otra actividad se realiza al servicio del método y es la *técnica*, que es el medio idóneo de elaborar lo trazado de antemano”³⁹.

IV- Presunciones

Las presunciones son una *técnica jurídica*⁴⁰, sin que esto comporte contradicción con lo dicho en la Introducción, toda vez que sostenemos una *continuidad* de y entre los momentos gnoseológicos del saber jurídico. BIELSA sostiene que a diferencia de la *ficción* la técnica de *presunción* no es puramente artificial o imaginaria sino que las presunciones son “una disposición legislativa que tiene fundamento en la *realidad*, pues la ley funda la presunción en el hecho de que en general eso ‘casi siempre

³⁷ Citado en BADENES GASSET, R., *op. cit.* en nota 4, pág. 35. Asimismo, Cfr. DÍAZ, Esther y HELER, Mario, *El conocimiento científico. Hacia una visión crítica de la ciencia*, Eudeba, Buenos Aires, 1988, págs. 9 y ss.

³⁸ Cabría decir que la disciplina que corona el elenco sapiencial de lo jurídico es la *filosofía del derecho* (*Ex intima philosophia haurienda iuris disciplina*, CICERON, *De legibus*, I, 5.) pero este no es el asunto principal. Este trabajo sólo se ocupa de un abordaje desde la *ciencia* del derecho de una de sus técnicas cual es la presunción *iuris tantum*.

³⁹ BIELSA, Rafael, *Metodología Jurídica*, Librería y Editorial Castellvi S.A., Santa Fé, 1961, pág. 305. (El destacado es del original).

⁴⁰ *Vid.* MOUCHET, C. y ZORRAQUÍN BECÚ, R., *op.cit.*, pág. 166. Para una evaluación de la génesis y el sentido de las presunciones en el derecho romano *vid.* ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1973, pág. 172; IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1972, pág. 212.

ocurre' (*Presumptio sumitur ex eo quod plerumpque fit*)⁴¹. Asimismo CASTRO nos dice que la *fuerza* o desde lo que emana la prueba de presunciones ha sido establecido “[...] contemplando un doble orden de ideas: primero, que en la naturaleza hay modos constantes de obrar, que determinan la producción de acontecimientos uniformes; y, segundo el orden público”⁴².

Hay distintos tipos o especies de *presunciones*, pero antes de señalarlas digamos que en común todas ellas tienen el que implican un “[...] razonamiento que admite como verdadero lo que no es más que probable”⁴³.

El primer distingo que puede establecerse es el que existe entre las presunciones *legales* y las presunciones *del hombre*. Las primeras se fundan en una ley que las establece y consagra mientras que las segundas (igualmente llamadas *aut iudicis, aut facti*) son deducciones que los hombres, especialmente el juez en el seno del proceso judicial, deduce para averiguar o establecer ciertas verdades⁴⁴. La segunda distinción importante que puede establecerse es la que divide a las presunciones legales en *iuris et de iure* y las *iuris tantum*. Las primeras no admiten prueba que las contradiga y si lo admiten las segundas. En esta ponencia hemos de ocuparnos de las *presunciones iuris tantum*, sin perjuicio de ello digamos de las presunciones *iuris et de iure* algunas palabras. Al no admitir prueba en contra se nos va revelando que en ellas entra a incidir el *orden público*⁴⁵ de una forma preeminente, sin que esto importe sustraer del orden público a las *iuris tantum*. Algunos ejemplos, entre otros, de ellas son las establecidas en los artículos 240, 241, 245 del Código Civil. Resta agregar que como bien sostiene CASTRO las presunciones en cuestión no se fundan *exclusivamente* en un imperativo del orden público de la comunidad, sino que son la resultante de una conjugación o complementariedad de *orden público*, la regularidad del obrar y la experiencia humana. Pone como ejemplo de ello la *organización de la familia* y su relación con el orden público y la creación de presunciones *iuris et de iure*⁴⁶.

Son *presunciones iuris tantum*⁴⁷, solo para dar algunos ejemplos, las que establecen que “el poseedor de una cosa mueble se presume poseedor de ella”, “la entrega del título

⁴¹ BIELSA, R., *op.cit.*, pág. 331. El destacado de “realidad” me pertenece. Es útil confrontar en este sentido a MOUCHET, C. y ZORRAQUÍN BECÚ quienes sostienen que la técnica de presunción se encuentra más alejada de la realidad en comparación con otras figuras técnicas. Pero no obstante el *alejamiento* siempre es la *realidad* el sustento y necesario punto de partida. Cfr. MOUCHET, C. y ZORRAQUÍN BECÚ, R., *op.cit.*, pág. 166.

⁴² CASTRO, Máximo, *Curso de Procedimientos Civiles*, Talleres Gráficos Ghio, Buenos Aires, 1927, t. 2, pág. 64.

⁴³ MOUCHET, C. y ZORRAQUÍN BECÚ, R., *op.cit.*, pág. 161.

⁴⁴ *Vid.* MOUCHET, C. y ZORRAQUÍN BECÚ, R., *op.cit.*, pág. 162; CASTRO, Máximo, *op.cit.*, t. 2, pág. 75 y ss.; BIELSA, R., *op.cit.*, pág. 331. Recuérdese lo dicho *supra* en la nota 5.

⁴⁵ *Vid.* BIELSA, R., *op.cit.*, pág. 331. Para el concepto de *orden público* puede consultarse LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, t. 1, págs. 140 a 147.

⁴⁶ *Vid.* CASTRO, Máximo, *op.cit.*, pág. 64. Ejemplos de esta especie de presunciones serían, v.gr., los arts. 240 a 244 del Código Civil Argentino.

⁴⁷ Para más ejemplos de esta especie de presunciones *vid.* voz <<Iuris Tantum>> en OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, pág. 538.

de crédito hace presumir el pago de la deuda”, “la buena fe se presume”, “la ley presume que cuando un documento aparece firmado por una persona y la firma es reconocida como auténtica se tiene como auténtico el contenido mismo”, “se presume que lo contenido en escritura pública es expresión de verdad”, “la ley presume que son comunes los bienes adquiridos durante el matrimonio”, “la ausencia con presunción de fallecimiento”, etc.

En ambas presunciones legales entonces hay una apelación vinculante a la realidad y a las constancias o regularidades que podemos encontrar en el orden de la experiencia y conducta humana. Pues como sostiene CASTRO “Las presunciones nacen de la índole misma de las cosas[...] Así, si al salir a la calle vemos totalmente mojada, presumimos que ha llovido; y, de igual manera, como en la vida jurídica no es corriente, por ejemplo, que una persona compre una propiedad y no adquiera posesión de ella, la ley presume que cuando una persona tiene un título de propiedad y la posesión correspondiente, posee desde la fecha el título”⁴⁸. Veamos ahora el contenido metodológico de la técnica en cuestión sin olvidar que al ocuparnos de presunciones estamos dirigiendo nuestro entendimiento a la realidad y sus regularidades.

La presunción, según sostiene el Código Napoleón y ha seguido el Código Civil Italiano, es la inferencia o extracción de una afirmación o principio que se saca de un hecho conocido para el establecimiento de otro desconocido. CASTRO liga a las presunciones con el razonamiento *inductivo*⁴⁹ y algo similar sugiere ROSENBERG⁵⁰ aunque más ligados a lo procesal y a la prueba de presunciones (presunciones del hombre). Sin embargo nos parece que son varias las perspectivas epistemológicas (metodológicas) que resultan posibles tratar de “probar” en una comprensión de lo presuntivo en materia jurídica. Sería posible ensayar una respuesta desde la *ciencia jurídica* al tema de las presunciones vinculándolas con el método *inductivo* (del latín *inductio*: acción de llevar hacia, conducir). Para poder sostener con el carácter de *conclusión* que, v.gr., el poseedor de una cosa mueble se presume propietario de ella es porque bien se puede *obrar metódicamente*, vale decir, con el auxilio de un *método* y constituir la “generalización” que importaría una presunción *iuris tantum*. Precisamente por ese temperamento de *iuris tantum* será una inducción en “materia contingente” y no basadas necesariamente en experiencia científica sino en la experiencia de sentido común; que en tanto tales proporcionan las premisas de silogismos *dialécticos*⁵¹. Esto, en pocas palabras, sería la explicación desde la inducción. Pero con el mismo fin sería viable argumentar un esbozo de fundamentación

⁴⁸ CASTRO, Máximo, *op.cit.*, pág. 64.

⁴⁹ *Vid.* CASTRO, Máximo, *op.cit.*, pág. 62.

⁵⁰ *Vid.* HEDEMANN, J. H., *Las Presunciones en el Derecho*, trad. y notas de Luis Sancho Seral, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, pág. 290.

⁵¹ *Vid.* nota 57. Somos conscientes de las objeciones que podrían levantarse contra esta impostación desde la inducción. Así podría argumentarse contra ella que es del tipo *intuitiva*; sobre esto cfr. VERNAUX, R., *op. cit.*, pág. 245. Otra podría estribar en lo que concierne al “número de casos”, verdadero “sub-tema” de especial importancia en el capítulo del método inductivo. Sobre esto cfr. COHEN, M. y ÁNGEL, E., *op. cit.*, pág. 104 y ss.

metodológica desde la teoría y el método propuesto por POPPER y al que ya le hemos dedicado estudio. Así, en *clave popperiana*, podríamos entender a las presunciones *iuris tantum* como *hipótesis*⁵² a constatar con los hechos, vale decir como “propuestas” que hace el científico destinadas a comparecer al tribunal de la realidad; sin olvidarnos de la posibilidad de que esta *hipótesis* resulte o devenga refutada en el decurso del proceso.⁵³

V- Conclusión Integradora

Hemos tratado de mostrar que la ciencia que se ocupa de la realidad jurídica puede utilizar *distintos métodos*⁵⁴ pero que está en condiciones de cumplir una de las exigencias de toda ciencia cual es la de ser metódica. Que podamos bien razonando *inductivamente*, bien *hipotético-deductivamente*⁵⁵ para dar cuenta del fenómeno presuntivo, no significa que a la realidad jurídica se pueda acceder “de cualquier forma”

⁵² BONILLA, para quién la “ficción” es una suerte de mentira convencional que engendra una suerte de verdad jurídica, las distingue de las “presunciones” a las que asemeja a “hipótesis científicas”. BONILLA SANMARTIN, *La ficción en el derecho*, Madrid, 1912, págs. 18 y ss. Citado en LEGAZ y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, págs. 58 y ss. El *sentido común* bien podría ser el punto de partida para la formulación de las *hipótesis-presunción*. Vid el encendido elogio del sentido común por parte de nuestro autor en POPPER, K., *En busca de un mundo mejor*, Paidós, Barcelona, 1994, pág. 235. También puede verse la noticia bibliográfica (en *Jurisprudencia Argentina*, 24/01/01) y la bibliografía allí citada de Héctor Sabelli a la obra del libro *Derecho, Filosofía y Sentido Común* del profesor Julio César Castiglione. SITNISKY, M., *op. cit.*, pág. 39 también resalta la impronta del sentido común. Cfr. Sobre “sentido común” en la ciencia AFTALION, E.R. *et. al.*, *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 141 a 142 y 146 y ss.

⁵³ Vid. voz <<presunción>> en CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Heliasta, Buenos Aires, 1993, pág. 318. Allí se define a las presunciones como *conjeturas* legales. En el ámbito, y tan solo por dar un ejemplo, del derecho norteamericano es frecuente el uso de la técnica de presunciones; definidas estas como “A legal inference or assumption that a fact exists, based on the known or proven existence of some other fact or group of facts”. [GARNER, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, West Group, U.S.A., 1999, pág. 1203.] Asimismo, se maneja la distinción entre *iuris et de iure* e *iuris tantum*, bajo la denominación de *conclusive* o *irrebuttable presumptions* las primeras, y *rebuttable* las segundas. Al decir de EGGLESTON, sobre las “conclusive presumptions”, estas consisten en “that cannot be overcome by any additional evidence or argument”. Vid. EGGLESTON, Richard, *Evidence, Proof and Probability*, 1978, pág.92. Citado en GARNER, Bryan(Editor in Chief), *op. cit.*, pág. 1204. Vid. sobre presunciones en la teoría jurídica SUNSTEIN, Cass R., “Problems with Rules”, en *California Law Review*, V. 83, No. 4, July 1995, pág. 963.

⁵⁴ Sobre la posibilidad de, en materia práctica, coexistencia de los distintos tipos de métodos *vid.* MASSINI CORREAS, C.I., “Ensayo de síntesis acerca de la distinción especulativo-práctico y su estructuración metodológica”, en *Sapientia*, Buenos Aires, 1996, LI, 200. Todo lo que se concibe mejor en la línea de la imposibilidad de seguir manteniendo, exclusivamente, como patrón metodológico a la “aplicación lógico-deductivo de las normas”. Vid. RABBI-BALDI CABAILLAS(coord.), *Las razones...*, *op. cit.* en nota 2, págs. 24 a 28

⁵⁵ Por cierto caben, además de las ya mencionadas, otras comprensiones metodológicas de lo presuntivo en el derecho, por caso Cfr. PACHECO BARASSI, LT., *Presunciones: tópica, retórica y prudencia*, pro-manuscrito. Como puede figurarse el trabajo en cuestión aborda las presunciones a la luz de la razón práctica, la prudencia, la tópica(Viehweg), la retórica(Perelman), la razón “deliberativa”, etc. Sobre la impronta en el saber jurídico de la tópica, dentro de una variada y numerosa bibliografía, GARCÍA AMADO, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, *pasim.*; RABBI-BALDI CABANILLAS, R., “La ciencia del derecho como saber retórico-tópico...”, *op. cit.* en nota 2.

o de forma *azarosa* o *anárquica*, sino que en tanto realidad rica y compleja es susceptible de *distintas perspectivas de abordaje* y que es tarea fundamental de la ciencia jurídica, pero sobre todo de la filosofía del derecho, abocarse a encontrar el que mejor y más idóneo resulte a los fines del conocimiento jurídico. Sin perder nunca de vista, como ya vio con su habitual claridad el preceptor de Alejandro, que es el *objeto* el que marca la labor.

Además podemos extraer otra conclusión que rezaría, en líneas generales, que lo definitivamente relevante; o lo que constituye primer y último fundamento del conocimiento jurídico es la *realidad jurídica*. Es ella quien posee *in se* la racionalidad que permite un conocimiento objetivo y certero de lo jurídico; ya que, la disposición *subjetiva* o desde el punto de vista del *sujeto cognoscente* y los medios de los que se sirve el panorama es más opinable, diverso y cambiante.

Ya para concluir sinteticemos como podría concebirse el fenómeno presuntivo desde una “mirilla poperiana”. La ciencia del derecho, en efecto, intenta solucionar con la técnica de presunciones un *problema*, cual es el de la difícil probanza de los hechos contenidos en las leyes que establecen las presunciones y la consecuente dificultad y eventual perjuicio que se seguiría para la parte de esta dificultad. Para ello constituye, con el carácter de *hipótesis*, a *presunciones iuris tantum* que se fundamentan luego de un examen de la realidad que nos revela que lo presumido es “lo que generalmente ocurre”. Pero, haciéndose cargo de que esa solución es solo *probable* o *refutable*, se determina que la presunción *ceda* o pueda ser destruida frente a la contundencia de nuevas investigaciones que la refutan.

POPPER, al igual que quienes se han dedicado o dedican a la cuestión epistemológica, tratan de extraer cuales son las notas que definen la *racionalidad científica*, que no es sino la razón humana afectada a extraer la inteligibilidad de la realidad.

Si bien principalmente hemos tratado de indagar cuales serían esas notas en el *opus* de POPPER, a raíz de ello, hemos incursionado en indagar si ese criterio o pauta de racionalidad, casi diría que con independencia de nuestra opinión sobre el concreto método popperiano antes aludido, sería aplicable a la ciencia del derecho. Inclínámonos por la afirmativa lo que queríamos señalar es como, no obstante seguirse indagando y generando nuevos y distintos patrones epistemológicos y metodológicos, podemos seguir con éxito tratando de “probarlos”, claro está que *mutatis mutandis*, en la labor de acceso a la *realidad jurídica* argumentando a favor de la afirmación sobre la *posibilidad* de la científicidad del derecho y, a la par, el carácter rector de aquella en esta.