

JAMES BRADLEY THAYER, UN PRECURSOR DE LA TEORÍA LAS PRESUNCIONES

Raymundo Gama
Leyva

Doctor en Derecho,
Universidad de Alicante,
Alicante, España; Profesor de
Tempo Completo, Instituto
Tecnológico Autónomo de
México (ITAM), Ciudad de
México, Distrito Federal,
México.
raymundo.gama@itam.mx

Recibido: abril 19, 2017

Aceito: abril 26, 2017

James Bradley Thayer, a forerunner of the theory of presumptions

RESUMEN

James Bradley Thayer es habitualmente conocido en el ámbito del Derecho Constitucional por su conocido ensayo sobre el estándar del control de constitucionalidad (“The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law” [1893]). Sin embargo, Thayer es también una de las figuras más importantes en el ámbito de la prueba en el Derecho. Este trabajo muestra la importancia de Thayer como precursor de la teoría de las presunciones en el derecho y en el razonamiento jurídico. El ensayo de Thayer sobre las presunciones, incluido en su libro *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898), representa el *locus classicus* para teorizar sobre el concepto de presunción. El trabajo se divide en tres partes. En la primera parte se sitúa a Thayer en contexto. Saber quién es este autor es útil para entender mejor sus ideas. En la segunda parte se presenta la concepción de la prueba de Thayer. Finalmente, la tercera parte está dedicada a exponer la teoría de las presunciones de Thayer y a hacer un balance sobre la relevancia actual de su aportación

Palabras clave: Derecho Probatorio, Razonamiento Jurídico, James Bradley Thayer, Presunciones.

Abstract

James Bradley Thayer is traditionally known in the field of Constitutional Law for his influential essay on the standard of constitutional review (“The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law” [1893]). However, Thayer is also one of the most outstanding figures in the Law of Evidence. This paper describes

Thayer's significance as a forerunner of the theory of presumptions in Law and legal reasoning. His essay on presumptions, published in his *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898), is the locus classicus for theorizing on the concept of presumption. The paper is divided in three parts. The first part puts Thayer's thought in context. Knowing who the author is will be useful to better understand his ideas. The second part presents Thayer's conception of evidence. Finally the third part is dedicated to depict Thayer's theory of presumptions and assess the influence of his contribution today.

Keywords: Derecho Probatorio, Razonamiento Jurídico, James Bradley Thayer, Presunciones.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de presunción es central dentro y fuera del derecho. Ciertamente, es en el derecho donde las presunciones tienen el papel más destacado y donde han recibido más atención. Pero no sólo los juristas recurren al uso de presunciones, también recurren a este concepto filósofos y teóricos de la argumentación. Comenzando con el análisis de las presunciones en el derecho, es importante subrayar que ha sido la dogmática jurídica quien se ha ocupado de racionalizar este concepto y de clarificar su empleo en las distintas áreas del derecho¹. A diferencia de la dogmática jurídica, la teoría del derecho ha prestado poca atención a este tema. Con la notable excepción del conjunto de ensayos sobre las presunciones y ficciones compilado por Chaïm Perelman y Paul Foirers en 1974², el concepto de presunción no ha figurado prácticamente en la agenda de los teóricos del derecho³.

El interés de los teóricos del derecho por el análisis del concepto de presunción se reavivó con la publicación del ensayo *On presumption* de Edna Ullmann-Margalit en 1983⁴. Pero Ullmann-Margalit no se proponía clarificar las presunciones en el derecho. Su propósito era, más bien, "importar la noción de presunción del derecho a la filosofía, no exportar consejos filosóficos para el uso de los juristas". El derecho fungía como punto de partida para llevar a cabo una explicación filosófica de las presunciones. Con todo, su ensayo ge-

¹ ANDRIOLI, 1966, pp. 766-772 y TARUFFO, 1991, pp. 1 ss.

² PERELMAN, 1977.

³ Constituyen notables excepciones los trabajos de VARGA y SZÁJER, 1988, 168-184; HERNÁNDEZ MARÍN, 1998; GASCÓN, 1999 (hay una tercera edición del año 2010).

⁴ Véase ULLMANN-MARGALIT, 1983, pp. 143-163.

Para Thayer, el uso de las presunciones se extiende más allá del derecho, ubicándose en el ámbito general del razonamiento y la argumentación. Sorprendentemente, su ensayo sobre las presunciones, incluido como uno de los capítulos de su libro *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* ha pasado desapercibido para buena parte de los autores interesados en las presunciones, con excepción de Edna Ullmann-Margalit quien lo considera, con razón, como el *locus classicus* para el tratamiento de este concepto.

neró un gran interés en la comunidad jurídica interesada en las presunciones, principalmente en la filosofía del derecho continental⁵.

Además de Ullmann-Margalit, otros autores han encontrado en el derecho un punto de referencia para dar cuenta del funcionamiento de las presunciones en otros contextos. Este es el caso de Nicholas Rescher, quien examina las presunciones como una herramienta epistémica, o de autores como Hans Hansen y Douglas Walton, quienes se enfocan en el papel de las presunciones en la argumentación⁶.

En vista de lo anterior, tiene sentido afirmar con Nicholas Rescher que las presunciones representan un punto de encuentro en el que convergen juristas, filósofos y teóricos de la argumentación⁷. Uno de los autores que supo captar bien esta idea fue James Bradley Thayer (1831-1902). Para Thayer, el uso de las presunciones se extiende más allá del derecho, ubicándose en el ámbito general del razonamiento y la argumentación. Sorprendentemente, su ensayo sobre las presunciones, incluido como uno de los capítulos de su libro *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*⁸ ha pasado desapercibido para buena parte de los autores interesados en las presunciones, con excepción de Edna Ullmann-Margalit quien lo considera, con razón, como el *locus classicus* para el tratamiento de este concepto. La relevancia de las ideas de este autor va más allá de su influencia en el *Common Law*. Como veremos, Thayer advierte y arroja luz sobre aspectos centrales del concepto de presunción, como la distinción entre presunciones como reglas y las presunciones como inferencias, sobre la manera en que operan las presunciones en tanto reglas jurídicas, las consideraciones que intervienen en la justificación de las presunciones, así como la fuerza y el efecto de las presunciones en la carga de la prueba.

El trabajo se divide en tres partes. La primera parte está dedicada a situar a Thayer en contexto. Saber quién es este autor será de utilidad para entender mejor sus ideas. En la segunda parte se expone brevemente la concepción de la prueba de Thayer. Como veremos,

⁵ Véase MENDONCA, 1998, pp. 83-98; AGUILÓ REGLA, 1999, pp. 649-660; y AGUILÓ REGLA, 2006, pp. 9-31.

⁶ Véase HANSEN; RESCHER, 2006; WALTON, 2007, 2008a y 2008b.

⁷ RESCHER, op. cit, p. ix.

⁸ THAYER, 1898.

su concepción de la prueba es el punto de partida para articular su teoría de las presunciones. Finalmente, la tercera parte está dedicada a exponer la teoría de las presunciones de Thayer y a hacer un balance sobre la relevancia actual de su aportación.

2. THAYER EN CONTEXTO⁹

El nombre de James Bradley Thayer está asociado con el de los principales miembros de los círculos académicos y filosóficos de la vida intelectual en Boston, como Ralph Waldo Emerson, Chauncey Wright, defensor del darwinismo en Estados Unidos y precursor del pragmatismo norteamericano, así como Charles William Elliot, el rector y gran reformador de Harvard.

Thayer ingresó a la facultad de Derecho de Harvard en 1852 graduándose en 1856. A partir de entonces y hasta 1874 ejerció como abogado en Boston ganando importantes casos; uno de ellos ante la Suprema Corte de Massachusetts junto con Oliver Wendell Holmes Jr., por entonces un joven asociado con el que trabajó en el mismo despacho.

Durante esos años, Thayer compaginó el ejercicio de la abogacía con actividades editoriales y literarias ajenas al Derecho¹⁰. También siguió manteniendo contacto con Chauncey Wright, quien para entonces se había embarcado en reflexiones de carácter filosófico y científico, convirtiéndose en una figura central de los círculos de discusión de Cambridge, muchos de los cuales contribuyó a establecer¹¹.

Thayer y Wright solían reunirse junto con otros cinco compañeros de Harvard en un círculo de discusión llamado “el Septum Club”; un grupo que se había formado durante sus años de estudio en Harvard

⁹ Para la realización de este apartado me baso fundamentalmente en los siguientes trabajos: HOOK, 1993 y RABBAN, 2012, pp. 40-44. Sobre la vida y la obra de Thayer son también interesantes las notas publicadas por varios profesores con motivo de su fallecimiento. Véase AMERS, 1902, pp. 598-609. En cuanto al contexto histórico, intelectual y personal de Thayer véase MENAND, 2002.

¹⁰ Thayer entabló una gran amistad con Ralph Waldo Emerson, a quien admiraba profundamente y con quien compartía intereses por la crítica literaria e inquietudes filosóficas. Una muestra de las incursiones de Thayer en ámbitos literarios se aprecia en el libro que escribió sobre Emerson. Véase THAYER, 1884.

¹¹ Louis Menand hace una interpretación sumamente interesante de la influencia de Chauncey Wright en el ambiente intelectual de Boston y de la gran influencia que ejerció en otras personas. Su trascendencia es tal que Menand llega a catalogarlo como “el Sócrates de Cambridge”. Vid. MENAND, *op. cit.*, pp. 214 ss. Chauncey Wright había sido contratado por la *American Ephemeris and Nautical Almanac*, donde trabajaba como astrónomo el padre de Charles S. Peirce. En el ámbito filosófico, Wright es considerado como un filósofo en la tradición del positivismo y el empirismo británico.

y que seguía reuniéndose antes y después de la guerra de secesión para debatir sobre cuestiones filosóficas y políticas. Hook destaca que Thayer conservaba el diario de reuniones como secretario del club, advirtiéndose un particular interés de los miembros del grupo en la reforma de la educación; un tema que habría de involucrar activamente a Thayer y a la mayoría de sus miembros cuando uno de ellos, Charles William Elliot, se convirtió en el rector y gran reformador de Harvard en 1869¹².

En 1874, Thayer fue designado para ocupar una cátedra bien remunerada en la facultad de Derecho de la Universidad de Harvard; un año en el que las profundas reformas iniciadas por Charles William Elliot en 1869 se encontraban aún en marcha. La facultad de Derecho, en concreto, estaba viviendo en ese momento una importante revisión, luego de que Langdell fuera designado como decano en 1870. Era una época de profundos cambios en el estudio y en la enseñanza del Derecho. Junto con Langdell, John Chipman Gray y James Barr Ames, Thayer fue uno de los pilares de esta gran transformación¹³.

Durante los veintiocho años que se desempeñó como profesor en Harvard, Thayer se enfocó principalmente en el Derecho Constitucional y en el *Law of Evidence*. Estaba convencido de que para comprender estas dos materias había que examinar sus raíces históricas. En el caso del *Law of Evidence*, Thayer se había propuesto desde su llegada a Harvard en 1874 escribir un tratado sobre la prueba. Al estudiar lo que se había escrito hasta entonces se percató de la necesidad de profundizar en la historia de dicha materia. Thayer consideraba que las reglas de prueba del *Common Law* eran

¹² Véase HOOK, op. cit., p. 4. Tras la disolución del *Septum Club*, Chauncey Wright continuó participando en diversos círculos de discusión, en los que ejercía una particular fascinación entre sus participantes. Uno de estos grupos se formó hacia finales de mil ochocientos sesenta para discutir distintos temas de carácter filosófico. El nombre de este grupo fue el de “*The metaphysical club*” y entre sus participantes se encontraban, entre otros, Oliver Wendell Holmes Jr., William James, Charles Sanders Peirce y Nicholas St. John Green. Véase WIENER, 1949 y MENAND, op. cit., p. 222.

¹³ Durante los primeros años de su llegada a Harvard, Langdell y Ames habían empezado establecer el *case method* como método principal de enseñanza, en lugar de los clásicos textos y manuales como materiales de estudio. Parece que Thayer optó al menos inicialmente por el método tradicional. Al respecto, véase HOWE, 1949, pp. 1-23. En opinión de Howe, para Thayer el análisis de los casos era un método de estudio, no un método de enseñanza. Para Thayer, la decisión del caso era el punto de partida del análisis, no un resultado final del que sólo había que extraer un criterio. Thayer entendía que si el Derecho no siempre es lógico ni consistente, había que esforzarse por mostrar el Derecho a los alumnos tal como es y tal como se ha desarrollado, en lugar de intentar extraer una teoría sistemática y lógica de lo que hacen los tribunales. Con todo, lo cierto es que Thayer posteriormente utilizó el *case method* en sus cursos sobre la prueba y Derecho constitucional.

una consecuencia del desarrollo natural de los juicios con jurado y pensaba que únicamente podían explicarse teniendo en cuenta el desarrollo de esta institución en Inglaterra. Por otra parte, también era consciente de la importancia de analizar algunos de los conceptos jurídicos que habían causado más perplejidades en el estudio del *Law of Evidence*¹⁴.

De este modo, convencido de que el *Law of Evidence* debía su origen y su desarrollo a la existencia del jurado, Thayer partió a Inglaterra en 1882 para investigar la historia de este órgano. El resultado de esta investigación fue una serie de ensayos sobre la historia del jurado en el *Common Law*, así como un par de trabajos sobre algunos conceptos probatorios, como los conceptos de presunción y carga de la prueba, que en opinión de Thayer eran necesarios para comenzar un estudio del *Law of Evidence*. Estos trabajos se reunieron finalmente en el año 1898 en *A Preliminary Treatise on Evidence*¹⁵. Entre estos trabajos, el que nos ocupará principalmente en lo sucesivo apareció publicado inicialmente en 1889 en la revista *Harvard Law Review*, con el título “Presumptions and the Law of Evidence”; posteriormente fue incluido, con algunas modificaciones, en el capítulo octavo de su *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*.

En el ámbito del Derecho Constitucional, Thayer es recordado principalmente por su influyente ensayo titulado “Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”¹⁶. En él hace una sólida defensa de la restricción judicial. Thayer vuelca sus investigaciones sobre la prueba al derecho constitucional con el objeto de determinar los estándares de constitucionalidad de una ley. Su intención era mostrar que existía un paralelismo entre los estándares probatorios

¹⁴ Véase al respecto TWINING, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵ El grueso de este libro está dedicado a la historia del jurado (caps. I-IV). Dos capítulos están relacionados con su concepción del *Law of Evidence* (“The law of evidence and legal reasoning as applied to the ascertainment of facts” y “The present and the future of the Law of Evidence”). En los capítulos restantes se analizan algunos conceptos jurídicos relacionados con esta materia. Thayer aspiraba a completar este tratado preliminar con un carácter más sistemático en el que se analizaran las distintas reglas de prueba. Como ha indicado Twining, el *Preliminary Treatise* es uno de los trabajos clásicos de historia del *Law of Evidence*, pero no es un tratado sistemático. Aún a pesar de ello, varios de los ensayos que componen este volumen contienen las principales tesis de su concepción de esta materia, así como análisis seminales de otros aspectos del *Law of Evidence*. La realización de esta obra tendría que esperar a ser culminada, de manera brillante y aún no superada, por su discípulo John Henry Wigmore. Véase WIGMORE, 1937. Cfr. TWINING, 2006, p. 63.

¹⁶ THAYER, 1893, pp. 129-156.

que rigen en el proceso y los estándares de constitucionalidad que deben seguirse para determinar la inconstitucionalidad de una ley. A su juicio, una ley podría declararse inconstitucional solamente cuando “aquellos que tienen la facultad de hacer leyes no han cometido un simple error, sino un error muy claro, tan claro que no puede ser puesto en duda racionalmente”¹⁷. En su opinión, el juez no debía invalidar todas las leyes que considerara inconstitucionales; solamente podía declarar inválidas aquellas que lo fueran de un modo manifiesto, “más allá de toda duda razonable”¹⁸.

Como ha puesto de relieve William Twining, la mayor influencia de Thayer se manifestó a través de sus veintiocho años de enseñanza sobre la prueba y el Derecho Constitucional en la Universidad Harvard¹⁹. Varios de sus alumnos se convirtieron en figuras centrales de estas áreas tanto en la vida académica como en la práctica del Derecho. Figuras de primera línea en la judicatura norteamericana de los siguientes años como Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Learned Hand y Felix Frankfurter reconocían que habían quedado “marcados” por la influencia de Thayer²⁰. En el terreno de la prueba, tres de los más renombrados académicos de la prueba de la generación siguiente fueron sus discípulos: Charles Chamberlaine, John McKelvey y, especialmente, John Henry Wigmore.

3. LA CONCEPCIÓN DE THAYER DEL *LAW OF EVIDENCE*

Entender la concepción del *Law of Evidence* de James Bradley Thayer es importante para comprender su visión de las presunciones. Thayer consideraba que se habían llevado a cabo importantes esfuerzos para clarificar y delimitar el objeto de estudio del *Law of Evidence*. Sin embargo, era consciente de que aún subsistían varios

¹⁷ *Idem*, p. 151.

¹⁸ Vid. el análisis de las tesis de Thayer realizado por FERRERES, 1997, pp. 139 ss.

¹⁹ TWINING, *op. cit.*, p. 61.

²⁰ Como apunta Mendelson Felix Frankfurter se refería a Thayer como “el gran maestro del Derecho Constitucional” y estimaba que el famoso ensayo de Thayer era la mejor guía para que se comprendiera cuál era el papel de la judicatura en relación con asuntos constitucionales. Learned Hand afirmaba que el curso que tomó con Thayer de Derecho Constitucional había sido “subversivo” porque enseñaba que “la mayor parte del derecho constitucional se había construido partiendo de proposiciones circulares, que justificaban las actitudes predeterminadas de los jueces que no tenían conciencia de las trampas verbales que los acechaban y en las que caían inadvertidamente con frecuencia. El resultado era imbuirnos de escepticismo acerca de la prudencia de establecer tribunales como árbitros finales de conflictos sociales”. Véase MENDELSON, 1978, pp. 71-87.

problemas que impedían captar adecuadamente la función y la finalidad de esta materia. En su opinión:

Los mayores defectos de esta parte del Derecho, tal y como ahora se presenta, son la variedad y el carácter indiscriminado de sus contenidos (...); la ambigüedad de su terminología; la multiplicidad y el rigor de sus reglas y sus excepciones; la dificultad para comprender éstas últimas y percibir su lugar correcto, así como su relación con el sistema. (...) Estos defectos desalientan y hacen difícil cualquier conocimiento profundo y científico de esta parte del Derecho y de sus peculiaridades²¹.

El principal blanco de las críticas de Thayer es el análisis que había realizado Fitzjames Stephen en su *Digest of the Law of Evidence*²². Al comienzo de esta obra Stephen plantea que persigue dos objetivos fundamentales. En primer lugar, establecer una clara demarcación entre el *Law of Evidence* y otras partes del Derecho. En este sentido, su intención fue “separar el tema de la prueba de otras áreas del Derecho con las que frecuentemente es confundida”²³. De este modo, Stephen trató de delimitar el objeto de estudio del *Law of Evidence*, estableciendo las cuestiones de las que realmente debía ocuparse y haciendo a un lado aquellos temas que a su juicio no pertenecían a esta área del Derecho. El segundo objetivo consistía en basar su concepción del *Law of Evidence* en un principio unificador, el principio de relevancia. Stephen entendía la noción de relevancia como un concepto lógico²⁴. Sin embargo, como apunta Twining, en este segundo aspecto Stephen tuvo menos éxito y se convirtió en el principal blanco de ataque por parte de sus críticos, principalmente Thayer, porque consideraba que éste principio formaba parte del *Law of Evidence*.

Thayer valoraba el esfuerzo que había realizado Fitzjames Stephen al tratar de llevar a cabo un estudio sistemático del *Law of Evidence*. Sin embargo, consideraba que sus esfuerzos quedaban debilitados,

²¹ THAYER, *Preliminary treatise*, op. cit., p. 527.

²² STEPHEN, 1879.

²³ *Idem*, p. x.

²⁴ Este principio establece que un hecho es relevante para otro hecho cuando la existencia del primero tiende a incrementar o a reducir la existencia de otro hecho. Sobre el concepto de relevancia, vid. TILLERS, 1983. Véase asimismo TARUFFO, 1970. Taruffo subraya que en la obra de Stephen se encuentra el primer intento por proporcionar una definición general de este concepto. Por otro lado, Taruffo distingue dos de las principales orientaciones en el estudio de este concepto. Por un lado, la orientación de los autores que entienden la relevancia como un concepto lógico (*logical relevancy*) y, por el otro, quienes entienden dicha noción como un criterio jurídico (*legal relevancy*).

Como advirtiera Frederick Pollock en la revisión del *Preliminary Treatise*, el punto más importante de esta obra es la tesis de que el *Law of Evidence* cumple una función necesariamente negativa. Para Thayer, señala Pollock, el *Law of Evidence* es una materia que no aspira a enseñarnos lógica o a decirnos qué clase de hechos tienden a establecer la existencia de otros hechos.

por un lado, “por la poca importancia que presta a los aspectos históricos de esta materia”²⁵. Por el otro, porque si bien acertaba en concebir al *Law of Evidence* como un conjunto de reglas de carácter esencialmente negativo, erraba al pretender unificar esta materia en torno al principio de relevancia. Thayer sostenía que el criterio de relevancia tenía un carácter esencialmente lógico y que era, por tanto, ajeno al aspecto regulativo de la prueba. Como pone de relieve Twining, el principal error de Stephen había consistido en tratar los presupuestos lógicos de un sistema racional sobre la prueba –como lo sería el criterio de relevancia– como reglas formales de prueba²⁶.

Como advirtiera Frederick Pollock en la revisión del *Preliminary Treatise*, el punto más importante de esta obra es la tesis de que el *Law of Evidence* cumple una función necesariamente negativa. Para Thayer, señala Pollock, el *Law of Evidence* es una materia que no aspira a enseñarnos lógica o a decirnos qué clase de hechos tienden a establecer la existencia de otros hechos. Lo que hace realmente el *Law of Evidence* es poner límites a los tipos de hechos probatorios que pueden ser presentados ante el jurado –un órgano al que ubicaba en la base de la construcción del *Law of Evidence*–, a las personas que pueden ser presentadas como testigos y a la forma en que determinados hechos pueden ser probados²⁷.

De acuerdo con Thayer, “[e]l Derecho probatorio es producto de la experiencia, más que de la lógica”²⁸. Al margen de la asociación con la conocida frase de Holmes, esta tesis cobra sentido cuando señala que el *Law of Evidence* “no pretende regular los procesos de razonamiento y argumentación, salvo para ayudar a discriminar y seleccionar el material fáctico que opera en el proceso” (1898: 89). Para Thayer, el Derecho, en general, y el *Law of Evidence*, en particular, son producto de la experiencia, más que de la lógica porque “el Derecho no tiene competencia sobre las facultades lógicas, no ordena a nadie realizar inferencias”²⁹.

Como ha escrito Twining, la principal preocupación de Thayer era “clarificar, desde una perspectiva histórica y analítica” las diferencias

²⁵ THAYER, *Preliminary treatise*, op. cit., p. 266.

²⁶ TWINING, *op. cit.*, p. 61.

²⁷ POLLOCK, 1899, p. 86.

²⁸ THAYER, *Preliminary treatise*, op. cit., p. 267.

²⁹ THAYER, *Preliminary treatise*, op. cit., p. 314.

que existían, por un lado, entre las reglas de la prueba y las reglas de inferencia y de la lógica. Y por el otro, distinguir entre las reglas de la prueba propiamente dichas de otras reglas que no pertenecen al *Law of Evidence*³⁰. Con ello, Thayer tenía en mente que debía existir una clara demarcación entre: 1) las cuestiones que pertenecían y competían a la prueba como proceso racional y persuasivo, 2) las cuestiones que pertenecían al derecho sustantivo o al proceso mismo y 3) las reglas relativas a la admisión y exclusión del material probatorio.

En este contexto, el principal objetivo de Thayer consistió en determinar y precisar adecuadamente el ámbito de estudio del *Law of Evidence*. En su opinión, esta materia tenía un ámbito extremadamente reducido al que le correspondía ocuparse de menos cosas de las que hasta entonces se habían incluido en los tratados sobre la prueba. Para este autor, buena parte de las cuestiones anteriormente abordadas dentro de ésta área debían estudiarse en otras partes del Derecho como el Derecho Substantivo, el Derecho Procesal, o en el área de *Pleadings*.

La concepción del *Law of Evidence* de Thayer se estructura a partir de los dos siguientes principios. Primero, que debe admitirse en el proceso todo aquello que sea relevante para la determinación de los hechos en el proceso y segundo, que todo aquello que sea relevante debe ser admitido, a menos que sea excluido por razones de *policy*. El primer principio tiene un carácter incluyente, pero no pertenece propiamente al *Law of Evidence*. En palabras de Thayer: “No es propiamente una regla de prueba sino un presupuesto involucrado en cualquier concepción de un sistema racional de la prueba”³¹. El segundo principio, en cambio, tiene un carácter excluyente y representa el principio fundamental del *Law of Evidence*. De esta manera, para Thayer el *Law of Evidence* consiste en una serie excepciones al principio general de libertad de la prueba, pues la principal función que se atribuye a las reglas de prueba es la de prescribir el alcance de las excepciones al principio general de inclusión. La concepción de Thayer, advierte Twining, tiene la virtud de ser una “magistral simplificación” de lo que hasta entonces había sido un mar de tecnicismos. Si se tiene en cuenta lo anterior se

³⁰ TWINING, *op. cit.* p. 62.

³¹ THAYER, *Preliminary treatise, op. cit.*, p. 264.

entiende por qué la concepción del *Law of Evidence* de este autor es el punto de partida natural para explicar la configuración actual de esta área del Derecho³².

4. LA TEORÍA DE LAS PRESUNCIONES DE JAMES BRADLEY THAYER

El trabajo de Thayer puede considerarse como un análisis conceptual e historiográfico de las presunciones en el Derecho. Por un lado, Thayer ofrece una reconstrucción de las ideas más extendidas de los juristas respecto a las presunciones y la manera en que éstas han sido construidas y utilizadas por los jueces. Asimismo, su análisis tiene un importante sustento histórico. Thayer pone de relieve los orígenes y el desarrollo de varias de las presunciones más comunes en el *Common Law*. Por otro lado, el ensayo de Thayer tiene también un importante componente conceptual. Thayer realiza una explicación de carácter general de la naturaleza y el funcionamiento de las presunciones en el razonamiento y la argumentación en general y a partir de ahí traslada su análisis al papel que desempeñan en el Derecho y en el razonamiento jurídico. Asimismo, da cuenta de la ambigüedad de esta noción en el *Common Law* y de los distintos sentidos en que es utilizada; examina y distingue importantes aspectos conceptuales de las presunciones, como su naturaleza, función, fundamento, fuerza y efecto. En cierto modo, su discurso también tiene un carácter prescriptivo, porque no se limita a describir la manera en que los juristas se ocupan de este tema, sino que indica también cómo hay que entender las presunciones, la manera en que operan en el Derecho y cuál es su lugar en el *Law of Evidence*.

Al comienzo de su ensayo Thayer plantea que se ocupará de dar respuesta a las preguntas por la naturaleza y el lugar al que pertenecen las presunciones.

4.1 Las presunciones en la argumentación

Comenzando por la segunda de las preguntas, Thayer toma como centro de su crítica el análisis que hace Stephen de este punto. Stephen parte de la base de que las presunciones no forman parte del *Law of Evidence*, sino que se pertenecen a las distintas áreas

³² TWINING, *op. cit.*, pp. 204 y ss.

del Derecho a las que concretamente se refieren. Por ello, Stephen consideraba que el análisis aislado de las presunciones, esto es, al margen de las áreas que las regulan, resultaba ininteligible. En consecuencia, Stephen excluía del *Law of Evidence* numerosas presunciones que los autores venían considerando como tales, como la presunción de conocimiento de la ley, al igual que las presunciones relacionadas con derechos de propiedad. Sin embargo, después de ciertas vacilaciones, Stephen incluía en el ámbito del *Law of Evidence* algunas presunciones, aquellas que a su juicio hacen referencia a hechos, al margen de los derechos específicos que constituyen. Entre las presunciones que a su juicio sí pertenecían al *Law of Evidence* se encontraba la presunción de legitimidad, la presunción de muerte tras siete años de ausencia y la presunción de regularidad³³.

Al respecto, Thayer considera que es un error incluir a las presunciones dentro del *Law of Evidence*. A su juicio, las presunciones pertenecen a un ámbito mucho más amplio y general que es común a las distintas ramas del Derecho. Este ámbito es el del razonamiento y la argumentación. La presunción sería una figura que, aunque está fuertemente asentada en el Derecho, está presente en las distintas áreas que se ocupan de los procesos argumentativos. Esta tesis estaría implícita a su juicio en un pasaje de Alciato citado en las primeras páginas del *Treatise on Presumptions of Law and Fact* de William Best³⁴, y con el que comienza el ensayo de Thayer, en el cual señala que las presunciones son comunes a los juristas y a los rétores (“*communisque est et jurisconsultoribus et rhetoribus in genere judiciali*”).

En palabras de este autor:

Las presunciones son herramientas del razonamiento y la argumentación que asumen la verdad de determinadas cuestiones para el propósito de una determinada investigación. Pueden estar basadas en la experiencia general, o en la probabilidad de cualquier clase; o simplemente en alguna *policy* o en razones de conveniencia. Sea cual sea su fundamento, las presunciones operan anticipando un argumento o una prueba, o con independencia de ello, dando algo por descontado; asumiéndolo como existente. Cuando el término es legítimamente aplicado designa una regla o una proposición que permanece abierta a

³³ STEPHEN, *op. cit.*, pp. 111-119.

³⁴ BEST, 1845.

investigaciones adicionales relacionadas con el asunto que se da por supuesto. El ámbito y la manera exacta en la que operan estas suposiciones [o asunciones] *prima facie* consiste en trasladar a la parte contra la que opera la presunción el deber de presentar un argumento o una prueba respecto al punto concreto con el que se relaciona. (...) Las presunciones no consisten en un argumento o una prueba, aunque en un momento dado pueden llevar a cabo el resultado de ambos. (...) Presunción, suposición, dar por descontado, son simplemente distintos nombres para una acción o un proceso que facilita y acorta las investigaciones y los argumentos. Estos términos se relacionan con el completo campo de la argumentación, sea como sea que se regule; y también con el amplio campo del Derecho, en tanto en cuanto ha sido moldeado por procesos de razonamiento³⁵.

En este párrafo se condensan varias ideas que iremos destacando en los siguientes párrafos.

En primer lugar, Thayer advierte con claridad que el uso de las presunciones se extiende más allá del Derecho³⁶. A su juicio, el ámbito en el que cabe encuadrar la dinámica de las presunciones es en el campo de la argumentación. Su aplicación en el Derecho se explicaría en función de que el razonamiento y la argumentación jurídica constituirían un caso especial del razonamiento y de la argumentación general. En este sentido, Thayer caracteriza las presunciones como herramientas que nos permiten facilitar y acortar el desarrollo de nuestras investigaciones y de nuestros procesos argumentativos.

En segundo lugar, Thayer asocia las presunciones con las ideas de asumir como verdadero, dar algo por descontado y asumir algo como existente. Estas ideas se relacionan con las raíces etimológicas del término “presunción”: “*prae*” y “*sumere*”, en el sentido de asumir anticipadamente. Las presunciones “asumen la verdad de ciertas cosas para el propósito de una determinada investigación”.

³⁵ THAYER, *Preliminary treatise*, *op. cit.*, p. 314.

³⁶ La concepción de las presunciones como herramientas argumentativas y la idea de que las presunciones pertenecen al terreno de la argumentación es fundamental para entender que para Thayer la práctica de las presunciones se extiende hacia la práctica argumentativa en general. Esta manera de entender las presunciones compagina con la tesis expuesta por Richard Whately. Véase WHATELY, 1963 [1828].

En tercer lugar, Thayer considera que las presunciones dan la posibilidad de presentar un argumento o una prueba, dando por descontado o asumiendo anticipadamente la existencia de una proposición. En este sentido, las presunciones operan como puntos de partida asumidos o proposiciones aceptadas.

En cuarto lugar, las presunciones tienen un carácter esencialmente provisional, lo que se asume como existente permanece abierto a investigaciones adicionales. Esta tesis se vincula con la idea de que las presunciones son derrotables.

En quinto lugar, Thayer pone de relieve el aspecto justificativo de las presunciones. A su juicio, en la fundamentación de las presunciones intervienen consideraciones de diversa índole: consideraciones empíricas, de conveniencia y, en términos generales, en *policies*. Vale la pena destacar este punto porque tradicionalmente se considera que las presunciones están basadas en una máxima de experiencia acerca de lo que se considera probable. Frente a esta idea, Thayer pone de relieve que en las presunciones intervienen consideraciones de carácter jurídico, institucional, sociales, etc.

Aunado a lo anterior, Thayer advierte que las presunciones operan en contextos argumentativos y que por ello, el efecto que producen consiste en trasladar a la contraparte la carga de la prueba o de la argumentación.

4.2 La naturaleza de las presunciones en el derecho

Tras explicar el funcionamiento de las presunciones en general y adscribir las al campo de la argumentación, Thayer se ocupa de las presunciones en el razonamiento jurídico y en el papel que desempeñan las presunciones en el Derecho.

Stephen definía a las presunciones jurídicas como reglas que obligan a los jueces y tribunales a realizar una inferencia en un caso concreto:

“Presunción” se entiende como una regla jurídica que establece que los tribunales y los jueces deben extraer una inferencia particular a partir de un hecho particular, o de una prueba concreta, a menos que y hasta en tanto la verdad de dicha inferencia sea refutada³⁷.

³⁷ STEPHEN, *op. cit.*, p. 2.

Como explica este autor, las presunciones son reglas que exigen al juez que se abstenga de realizar una inferencia. Las presunciones le ordenan “asumir que en determinadas circunstancias un hecho tiene el mismo efecto que otro”, esto es, establecen “una equivalencia jurídica” entre dos clases de hechos.

Thayer considera que esta manera de explicar el funcionamiento de las presunciones resulta imprecisa y confusa porque se basa en la idea de que el Derecho tiene alguna potestad lógica para guiar el razonamiento. A su juicio, la situación que se presenta es la inversa. Como explica este autor, las presunciones son reglas que exigen al juez que se abstenga de realizar una inferencia. Las presunciones le ordenan “asumir que en determinadas circunstancias un hecho tiene el mismo efecto que otro”, esto es, establecen “una equivalencia jurídica” entre dos clases de hechos. Thayer considera que este tipo de reglas determinan “el efecto jurídico” que debe aplicarse en determinadas circunstancias, más que el “efecto lógico” que pudiera desprenderse a partir de unos hechos³⁸.

Con ello, Thayer se ocupa de la distinción entre presunciones como inferencias y presunciones como reglas³⁹. Las reglas de presunción obligan al juez a aplicar las consecuencias jurídicas de la norma. Las presunciones como inferencias permiten determinar la existencia de hechos. De acuerdo con este autor, las inferencias permisibles (*permissible inferences*) establecen que una determinada situación *puede* inferirse en determinadas circunstancias. En cambio, las reglas de presunción establecen que *deben* atribuirse determinados efectos a ciertos hechos. En su opinión:

Una regla de presunción no establece simplemente que es usual que tal o cual cosa puedan inferirse otros hechos; su relevancia estriba en que establece que debe siempre, en ausencia de otras circunstancias, ser imputado a ellos⁴⁰.

Para ilustrar este punto, Thayer se enfoca en una de las presunciones clásicas del *Common Law*, la regla que establece la presunción de muerte de la persona de la que no se han tenido noticias en siete años. Su análisis toma como punto de partida los antecedentes

³⁸ THAYER, *Preliminary treatise*, *op. cit.*, p. 317.

³⁹ En la cultura jurídica continental está ampliamente extendida la concepción de las presunciones como inferencias que van de un hecho conocido a un hecho desconocido, sin tener en cuenta que las presunciones formuladas por el legislador no son inferencias, sino reglas jurídicas que ordenan considerar un hecho como establecido y aplicar las consecuencias jurídicas que se sigan de ello. En relación con la confusión entre presunciones como normas y presunciones como inferencias Vid. GAMA, 2013, pp. 65-91.

⁴⁰ THAYER, *Preliminary treatise*, *op. cit.*, p. 317.

históricos de esta regla en el *Common Law*⁴¹. Thayer explica que esta presunción surgió originalmente como una declaración judicial acerca de lo que el jurado podía o no inferir cuando estuviera en discusión la vida o muerte de la persona que había estado ausente siete años; sin embargo, se convirtió posteriormente en una regla de presunción que obligaba a asumir como existente que la persona desaparecida había muerto, atribuyendo determinados efectos jurídicos a esta situación.

Al respecto, es conveniente apuntar que el tipo de regla de presunción de la que habla Thayer es una de tipo jurisprudencial, distinta a las presunciones de origen legal. Lo que destaca este autor es la práctica de algunos tribunales consistente en transformar una regla de inferencia comúnmente utilizada, acerca de lo que puede inferirse, en una regla jurídica de creación judicial.

Thayer explica el funcionamiento de las reglas de presunción de la siguiente manera:

la regla establece, para el propósito de una investigación determinada, el efecto de ciertos hechos; ausencia por siete años, sin tener noticia de su existencia, cuenta como, en relación con esta investigación concreta, si estuviera muerta, ese es su equivalente jurídico⁴².

En otros términos, las presunciones operan como reglas que anudan consecuencias jurídicas al establecimiento de ciertos hechos; establecen por virtud de la regla de presunción la indicación de que la ausencia por siete años ha de ser considerada, jurídicamente, como si esa persona estuviera muerta, lo que se traduce en aplicar las consecuencias jurídicas de esa situación.

⁴¹ Thayer plantea que los primeros antecedentes de esta regla se remontan a una ley del año 1604, la cual eximía a las personas que habían contraído segundas nupcias de haber cometido el delito de bigamia, cuando sus anteriores cónyuges hubieran salido a la mar por más de siete años, o estuvieran ausentes, sin que se tuvieran noticias de ellos. Según explica este autor, otra ley de 1667 establecía que si el destino de una propiedad dependía de la vida de una persona que hubiera permanecido en la mar más de siete años o se hubiera ausentado del reino sin que se tuvieran noticias de su existencia, debía considerarse que dicha persona murió, a menos que se probara que estaba viva. Sin embargo, la construcción de una presunción de carácter general aparece en los registros en un caso que tuvo lugar en 1805 y, posteriormente, en otro caso que tuvo lugar en 1809. Las leyes y los casos mencionados fueron formuladas por primera vez en los libros sobre la prueba de Philips (1815) y Starkie (1824), como una presunción de continuidad de la vida que termina cuando han transcurrido siete años. A decir de Thayer, los jueces y los autores modificaron posteriormente lo que originalmente se había formulado como la cesación de la presunción de vida, como una presunción afirmativa de muerte. Y es así como la presenta Stephen en el artículo 12 del Digest "A person shown not to have been heard of for seven years by those (if any) who if he had been alive would naturally have heard of him, is presumed to be dead, unless the circumstances of the case are such as to account for his is not being heard of without assuming his death".

⁴² THAYER, *Preliminary treatise*, op. cit., 320-321.

A juicio de Thayer, tanto esta presunción, como otras tantas que analiza con gran erudición histórica⁴³, no pertenecen al *Law of Evidence*, sino a las áreas concretas del derecho sustantivo (propiedad, sucesiones, contratos, etc.) a la cada una de ellas hace referencia y considera que no pueden entenderse claramente si no es en conexión con esas ramas del Derecho⁴⁴.

Como hemos visto, para Thayer las presunciones en el Derecho son reglas jurídicas que ordenan asumir un hecho como existente. Estas reglas pueden ser controvertibles o incontrovertibles. Cuando la presunción es controvertible y no ha sido desvirtuada, se convierte en una regla indiscutible y el tribunal está obligado a aplicarla.

Por lo demás, Thayer aborda un aspecto adicional de las reglas de presunciones sumamente relevante, aunque apenas es mencionado en su análisis. Se trata de la cuestión relativa a la fuerza de las presunciones⁴⁵. Thayer plantea que la fuerza o el grado de aceptación de las presunciones puede variar en distintos grados. Su análisis se circunscribe al peso que los jueces atribuyen a determinadas presunciones y a la manera en que dicho peso varía dependiendo de las consideraciones que estén en juego. La idea que apunta Thayer es que los jueces no atribuyen siempre el mismo peso a las presunciones cuando las aplican, sino que en su aplicación entran en juego consideraciones de diversa índole (estrictamente jurídicas, consideraciones de justicia o de sentido común). Su tesis es sugerente en mi opinión porque arroja luz sobre un aspecto sumamente importante en el análisis del concepto de presunción. Thayer viene a decir que la fuerza que se atribuye a una determinada presunción varía en función de su soporte o justificación (las presunciones podrían graduarse de acuerdo con la fuerza del respaldo en presunciones más o menos débiles, presunciones más o menos fuertes, muy fuertes, etc.). En este sentido, la fuerza de las presunciones se conectaría

⁴³ Entre los ejemplos de los que se ocupa este autor se encuentra también la presunción de culpabilidad de posesión de bienes robados, a la que considera como un “reconocimiento judicial de una inferencia permisible”. Thayer apunta en otro lugar del texto que el recurso a las presunciones por parte de los tribunales es un mecanismo al que recurren los tribunales para introducir cambiar y crear reglas jurídicas. Thayer identifica este fenómeno como “*judicial rules of presumption*”. Téngase en cuenta, además, que la noción de “*judicial rules of presumption*”, en el sentido que les atribuye Thayer, coincide con lo que en la dogmática jurídica continental, principalmente italiana, se conoce con el nombre de “presunciones jurisprudenciales”. Véase al respecto VERDE, 1971, pp. 177-192; TARUFFO, “Presunzioni”, op. cit.; y GAMA, op. cit.

⁴⁴ Cfr. THAYER, *Preliminary treatise*, op. cit., pp. 326-327

⁴⁵ THAYER, *Preliminary treatise*, op. cit., pp. 334.

El carácter tentativo o provisional de las presunciones implica que éstas pueden ser modificadas si se añaden elementos para desvirtuar la proposición que se asume como existente.

con el peso de las razones o pruebas que se necesitan para desvirtuar la presunción. Éste último aspecto se relaciona con la actividad argumentativa o probatoria que tiene que desplegar la contraparte para evitar que la presunción surta sus efectos, y varía en función del estándar probatorio que previamente se haya fijado. Se trata como hemos dicho de cuestiones que iremos viendo más adelante, pero que tiene sentido ir teniendo en cuenta desde ahora.

iii) Otro aspecto interesante del análisis de Thayer es el relativo al efecto de las presunciones sobre la carga de la prueba. Como se señaló anteriormente, Thayer considera que las presunciones tienen un carácter tentativo o provisional, porque indican que se asuma una determinada proposición como existente, pero no cierran la puerta a nuevas deliberaciones. El carácter tentativo o provisional de las presunciones implica que éstas pueden ser modificadas si se añaden elementos para desvirtuar la proposición que se asume como existente. En el análisis de Thayer se aborda esta cuestión al determinar el efecto de las presunciones desde la perspectiva de aquél que se enfrenta a la presunción. Sobre ello, Thayer señala lo siguiente:

Si ahora se preguntara cuál es el efecto de las reglas de presunción al aplicar el *Law of Evidence*, la respuesta sería que tienen el mismo efecto (y ningún otro) que el que tienen en otras regiones del razonamiento jurídico. Su efecto resulta necesariamente de su cualidad característica, la cualidad de imputar a ciertos hechos o grupos de hechos un significado *prima facie*. En la presentación de un argumento o una prueba, las presunciones arrojan sobre la parte contra la que operan el deber de enfrentarse a dicha imputación. (...). Este parece ser todo el efecto de una presunción, y por tanto el de una regla de presunción⁴⁶.

Como puede verse, Thayer se sitúa nuevamente en la perspectiva del razonamiento y la argumentación jurídica para determinar la cuestión relativa al efecto de las presunciones. En su opinión, el efecto que producen las reglas de presunción es el mismo que producen en el ámbito de la argumentación, a saber, que quien se enfrenta a la presunción tiene que controvertir el carácter *prima facie* de la proposición que se asume como existente. Concretamente, Thayer considera que la parte contra la que se dirige la presunción tiene que presentar argumentos o pruebas para evitar que siga operando

⁴⁶ THAYER, *Preliminary treatise*, op. cit., p. 336

la presunción. Este efecto es identificado por Thayer como el deber de avanzar o presentar pruebas “*the duty of going forward with evidence*” y, en su opinión, éste es el único efecto que producen.

No obstante, Thayer plantea que hay reglas de presunción que parecen fijar el *quantum* de prueba que debe aportarse para desvirtuar la presunción. Por ejemplo, cuando se dice que la presunción de inocencia opera hasta en tanto se demuestre la culpabilidad de una persona más allá de toda duda razonable.

En estos casos, Thayer sostiene que no se trata de un efecto específico de las reglas de presunción. Como sostiene este autor, las reglas de presunción no especifican qué tanto debe probarse o hasta qué grado debe persuadirse. En su opinión, esta cualidad es determinada por otras reglas, ya sea de naturaleza penal o civil, que se aplican conjuntamente con las presunciones y que indican la cantidad de prueba que se necesita para vencer la presunción⁴⁷.

En síntesis, Thayer señala que en la práctica jurídica las presunciones producen el mismo efecto que en otras áreas del razonamiento: el sujeto que se enfrenta a la presunción tiene que aportar pruebas o argumentos que para desvirtuarla. A su juicio, el efecto de las presunciones se reduce a éste único efecto. Por ello considera que la presunción desaparece en un caso concreto cuando la contraparte ha conseguido desvirtuarla mediante una prueba o argumento en contrario. Esta tesis dio lugar a la “doctrina Thayer”, también identificada como la “teoría de la burbuja que estalla” (“*bursting bubble theory*”), por el hecho de que la presunción desaparece cuando se presentan pruebas en su contra⁴⁸.

Con todo, en el análisis que realiza Thayer no pasa por alto que el término “presunción” es utilizado en distintos sentidos: “Por su

⁴⁷ En estos casos, como ocurre con la presunción de inocencia en materia penal, Thayer señala que se trata de algo “sobreañadido a la regla de presunción, a saber, otra regla que indica la cantidad de pruebas que es necesaria para vencer la presunción”. Véase THAYER, *Preliminary treatise, op. cit.*, pp. 336 y 337.

⁴⁸ Para que quede más clara la tesis de Thayer es conveniente destacar que en la doctrina anglosajona se distinguen dos tipos de carga de la prueba: la carga de presentación de pruebas y la carga de persuasión. La discusión que se plantea a partir de esta distinción es determinar en cuál de los dos tipos de carga de la prueba producen efectos las presunciones. La doctrina Thayer-Wigmore se decantó por la tesis de que las presunciones solamente trasladan al oponente la carga de presentar pruebas para enfrentar la presunción. La doctrina Morgan-McCormick se caracterizó por sostener que las presunciones trasladan al oponente la carga de persuasión. La tesis actual relativa al efecto de las presunciones es reconocer que algunas presunciones trasladan al oponente la carga de presentación de pruebas, mientras que otras trasladan la carga de persuasión.

puesto, debe recordarse –escribe Thayer– que tienen el nombre de presunción cosas muy distintas”.⁴⁹

De acuerdo con Thayer, en algunos casos señala se designa como “presunción” al reconocimiento judicial de hechos que se consideran probables, o a las inferencias permisibles que el jurado puede realizar, o bien cuando existen pruebas suficientes para sustentar un caso para poder obtener un veredicto del jurado (alcanzar lo que se conoce como *prima facie case*). No obstante, Thayer señala que a pesar de que todos estos mecanismos lleguen a identificarse también con el nombre de “presunción”, ninguno de ellos tiene el carácter de reglas del Derecho substantivo.

Por otra parte, Thayer advierte que los juristas utilizan el término “presunción” para referirse a ciertos principios generales, máximas del razonamiento jurídico, o reglas que sirven de soporte en el Derecho (*ground rules*). En su opinión, lo característico de estos enunciados es que no pertenecen a un área concreta del Derecho, sino que tienen una aplicación general, en tanto que son aceptadas usualmente por los juristas porque se consideran razonables. A su juicio, algunas de estas presunciones se expresan a través de frases latinas comúnmente aceptadas: *probatís extremis, præsumentur media; omnia præsumentur, rite esse acta* y otras similares. También señala que pertenecen a esta categoría la presunción la existencia de determinadas cualidades naturales en los seres humanos, como la cordura, la honestidad o la conformidad de su conducta con el deber⁵⁰.

Con todo, Thayer es consciente de que la simple indicación de los posibles sentidos en los que se utiliza esta expresión no basta para eliminar las ambigüedades e imprecisiones que se presentan en el lenguaje de los juristas. En este punto, Thayer es especialmente cauto. Hacia el final de su ensayo subraya que la gran cantidad y heterogeneidad de cuestiones que son conocidas con el nombre de “presunción” dificultan un análisis definitivo sobre este tema. Asimismo, Thayer considera que carece de sentido tratar de llevar a cabo un análisis exhaustivo e individualizado de las distintas presunciones jurídicas sobre la base de que se trata de una tarea “poco

⁴⁹ THAYER, *Preliminary treatise*, *op. cit.*, p. 334.

⁵⁰ En este sentido, Thayer señala que estas presunciones operan como “principios generales” o “máximas del razonamiento jurídico, sin que tengan ninguna relación particular con el *Law of Evidence*. Vid. THAYER, *Preliminary treatise*, *op. cit.*, p. 335).

útil y abrumadora”, habida cuenta de la innumerable cantidad de presunciones en el Derecho y la disparidad que se presenta entre unas y otras

Sirva como conclusión de la exposición de las ideas de Thayer las palabras con las que termina su análisis:

Para concluir con esta extensa discusión, es posible subrayar que la innumerable cantidad de proposiciones que figuran en nuestros casos con el nombre de presunción es tan heterogéneo e incomparable; [que el término] es entendido y expresado de una manera tan amplia, para poder ser utilizado y razonado sin demasiada cautela. Muchas de ellas son extremadamente ambiguas, verdaderas en un sentido y falsas en cualquier otro; algunas no son realmente presunciones, solamente utilizan este nombre; algunas expresan simplemente una probabilidad natural, y otras, con miras a establecer una línea definida, establecen una *rule of legal policy*; un mayor número de ellas, como la regla acerca de los hijos nacidos en el matrimonio, establecen una regla *prima facie* del Derecho sustantivo, y otras una regla del razonamiento general y del procedimiento que se fundan en razones de conveniencia o probabilidad o en el buen sentido (...). Algunas son máximas, otras simples inferencias razonables, otras son reglas del *pleading*, otras son aplicadas de distinto modo; tal y como la presunción de inocencia figura ahora en nuestra doctrina del proceso penal, en algunos casos como principio básico del razonamiento jurídico, o una simple inferencia a partir de la experiencia común, o como una regla del *law of evidence*. Entre cosas tan incompatibles como estas y tan afectadas de ambigüedad aumentan las posibilidades de tropezarse y caer para aquél que no elija su camino y avance con cautela⁵¹.

Recapitulando, ¿cuál es entonces la relevancia de Thayer para la discusión sobre las presunciones. En mi opinión, la relevancia de las ideas de Thayer consiste en que su trabajo es un claro precursor de la teoría de las presunciones. Thayer identifica los principales aspectos de los que tendría que ocuparse una teoría de las presunciones. Estos aspectos consisten primordialmente i) en la separación conceptual de las reglas de presunción de las inferencias presuntivas, ii) en advertir que las reglas de presunción obligan a considerar como establecidos ciertos hechos, lo que se traduce en establecer que

⁵¹ THAYER, *Preliminary treatise*, op. cit., pp. 351-352.

(...) la fuerza de las normas de presunción derivan de su fuerza normativa, que a su vez está motivada por las consideraciones subyacentes en las que se basan.

deben aplicarse ciertas consecuencias jurídicas, iii) estas reglas pueden estar fundadas en consideraciones inductivo-probabilísticas,) en consideraciones de *policy* (institucionales, procedimentales, etc.) y en consideraciones valorativas⁵². Entre las funciones que cumplen estos enunciados – para qué son utilizados o para qué sirven – se encuentran las siguientes: (1) para resolver un problema de decisión derivado por la falta de pruebas (un *impasse*), como en la presunción de muerte, (2) para asignar cargas de persuasión, como en la presunción de inocencia, (3) para dar un peso previamente establecido a ciertas inferencias porque se considera que así es como ocurren habitualmente (como la presunción de que una carta debidamente sellada, dirigida y enviada ha sido recibida por su destinatario), (4) para corregir un desbalance producido por el mejor acceso de una de las partes a la prueba (como en las presunciones de negligencia médica y (5) para promover y garantizar la estabilidad de ciertas instituciones y de ciertos valores (como la presunción de paternidad, entre otros). Finalmente, la fuerza de las normas de presunción derivan de su fuerza normativa, que a su vez está motivada por las consideraciones subyacentes en las que se basan. Por todo lo anterior, el trabajo de Thayer amerita ser considerado como una de las contribuciones más importantes para una teoría general de las presunciones en el derecho

⁵² Advertir la variedad de consideraciones que intervienen como fundamento de las presunciones es importante para mostrar el error en el que incurren quienes insisten que en todas las presunciones subsiste una conexión probable entre el hecho base y el hecho presumido. Este error sería resultado de seguir confundiendo las reglas de presunción con las inferencias probabilísticas.

REFERENCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, 1999, pp. 649-660

_____. Presunciones, verdad y reglas procesales. *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, 35, 2006, pp. 9-31.

AMERS, James Barr; et al. James Bradley Thayer. *Harvard Law Review*, 15(8), 1902, pp. 598-609.

ANDRIOLI, Virgilio. Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile). In *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIII, Turín: UTET, 1966, pp. 766-772

BEST, William M. *A Treatise on Presumptions of Law and Fact, with the Theory and Rules of Presumptive or Circumstantial Proof in Criminal Cases*. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, 1845.

FERRERES, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

GAMA, Raymundo. Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho. *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 19, 2013, pp. 65-91.

GASCÓN, Marina. *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GODDEN, David. A theory of presumption for everyday argumentation. *Pragmatics and Cognition*, 15(2), 2007.

HANSEN, Hans. Theories of presumptions and burdens of proof. In Blair, J. Anthony et al. (eds.). *Informal Logic: Proceedings of the Windsor Conference*. CDROM.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

HOOK, Jay. A Brief Life of James Bradley Thayer. *Northwestern Law Review*, 88, 1, 1993.

HOWE, Mark Dewolfe. The first Law School lecture of James Bradley Thayer. *Journal of Legal Education*, 2(1), 1949, pp. 1-23.

MENAND, Louis. *El Club de los Metafísicos: Historia de Las Ideas en América*. Barcelona: Destino, 2002.

MENDELSON, Wallace. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review* 71, 1978, pp. 71-87.

MENDONCA, Daniel. Presunciones. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 1998, pp. 83-98.

PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *Les présomptions et les fictions en Droit*. Bruselas: Bruylant, 1977.

POLLOCK, Frederick. Review of Thayer. *Law Quarterly Review*, 15, 1899.

RABBAN, David. *Law's History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

RESCHER, Nicholas. *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

STEPHEN, James Fitzjames. *A Digest of the Law of Evidence*. 2ª ed. St. Louis: F.H. Thomas and Co., 1879.

TARUFFO, Michele. Presunzioni. In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXIV: Roma, 1991, pp. 1 ss.

_____. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padua: CEDAM, 1970.

THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1898.

_____. *A Western Journey with Mr. Emerson*. Boston: Little, Brown and Company, 1884.

_____. Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7(25), 1893, pp. 129-156.

TILLERS, Peter. Modern Theories of Relevance, 1931-1981. In *Wigmore on Evidence*. Boston y Toronto: Little, Brown and Company, 1983, Vol. 1A, Sec. 37, 1.

TWINING, William, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ULLMANN-MARGALIT, Edna. On Presumption. *The Journal of Philosophy* 80 (3), 1983, pp.143-163.

VARGA, Csaba; SZÁJER, József. Presumption and Fiction: Means of Legal Technique. *Archiv für rechts-und Sozialphilosophie*, 74 (2), 1988, pp. 168-184

VERDE, Giovanni. Le presunzioni giurisprudenziali. *Foro Italiano*, V, 1971.

WALTON, Douglas. A Dialogical Theory of Presumption. *Artificial Intelligence and Law*, 16(2), 2008a.

_____. Presumption, Burden of Proof and Lack of Evidence. *L'Analisi Linguistica e Letteraria*, 2008b.

WHATELY, Richard. *Elements of Rhetoric*. Carbondale, IL: Southern Illinois University Press, 1963 [1828].

WIENER, Philip. *Evolution and the Founders of Pragmatism*. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

WIGMORE, John Henry. *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, Including the Statutes and Judicial Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada*. 3ª edição. Boston: Little, Brown and Company, 1937.