

amente, a través de sus obras, que aún se consultan y estudian y que han contribuido a la evolución del pensamiento procesal moderno; por otra parte, indirectamente, a través de las reformas que él llevó a las leyes inglesas y norteamericanas, y que a su vez, sirven de fuente a nuestras reformas actuales.

Bentham fue un contestador del sistema judicial inglés. Así lo reconoció **INFLUENCIA DE JEREMIAS BENTHAM** fue uno de sus discípulos. **EN EL MOVIMIENTO DE REFORMA** **JUDICIAL LATINOAMERICANO** el sistema judicial inglés en el equity —igual que el derecho procesal romano-católico que imperaba en el continente— fue objeto de censuras y críticas por historiadores y novelistas. Vivia e inabundante es la descripción que Dickens en su *Black House*, en el capítulo titulado "In Chancery". Escribió Dickens:

"For everywhere, Fog up the river, where it flows among green silt and meadows; Fog down the river, where it rolls deadened among the tiers of shipping, and the waterside habitations of a great (and dry) city. Fog on the churches, fog on the Kentish heights. Fog creeping into the balconies of chandler-houses; fog lying out in the yards, and hovering in the rigging of great ships; fog drooping on the gunwales of barges and small boats. Fog in the eyes and throats of ancient Greenwich pensioners, wheezing by the firesides of their parlors; fog in the steeple and howl of the tobacco-pipe of the old blind fiddler in the close of the street; fog crevices in the crevices of the old blind fiddler's eyes; fog in the eyes and throats of ancient Greenwich pensioners, wheezing by the firesides of their parlors; fog in the steeple and howl of the tobacco-pipe of the old blind fiddler in the close of the street; fog crevices in the crevices of the old blind fiddler's eyes."

Jorge Fábrega P.

Doctor en Derecho.
Tratadista de Derecho.
Ejerce la profesión de abogado.
Apartado 1518, Rep. de Panamá - Panamá.

La extraordinaria importancia e influencia de la Obra de JEREMIAS BENTHAM en el movimiento Latinoamericano de reforma judicial ha sido objeto de escasa atención. Lo cierto es que Bentham ha influido notablemente no sólo en el establecimiento de ideas democráticas en Inglaterra, en las corrientes jurídicas inglesas y en las instituciones judiciales de ese país y de los Estados Unidos —intervino en la elaboración de leyes de Estado de la Unión— sino que también se ha hecho sentir en Latinoamérica la influencia de su pensamiento y todavía hoy día, al surgir, un clamor respecto a la necesidad de reformas judiciales advertimos su presencia. La influencia de Bentham se ha dado por dos medios distintos: por una parte, directamente, a través de sus obras, que aún se consultan y estudian y que han contribuído a la evolución del pensamiento procesal moderno; por otra parte, indirectamente, a través de las reformas que él llevó a las leyes inglesas y norte-americanas, y que a su vez, sirven de fuente a nuestras reformas actuales.

Bentham fue un contestario del sistema judicial inglés. Así lo reconoció John Stuart Mill —quien lo trató y virtualmente fue uno de sus discípulos— al calificarlo de “The great questioner of things established”. (Dissertations and Discussions, pag. 33). El sistema judicial inglés en el *common law*, pero especialmente en el *equity* —igual que el derecho procesal romano-canónico que imperaba en el continente— fue objeto de censuras y críticas por historiadores y novelistas. Vívida e inolvidable es la descripción aquella de Dickens en su *Bleak House*, en el Capítulo intitulado “In Chncery”. Escribió Dickens:

“For everywhere. Fog up the river, where it flows among green alts and meadows; fog down the river, where it rolls desfiled among the tiers of shipping, and the waterside pollutions of e great (and dry) city. Fog on the Essex marches, fog on the Kentish heights. Fog creeping into the cabooses of collierbrigs; fog lying out on the yards, and hovering in the rigging of great ships; fog drooping on the gunwales of barges and small boats. Fog in the eyes and throats of acient Greenwich pensioners, wheezing by the firesides of their wards; fog in the stem and bowl of the afternoon; pipe of the wratful shipper, down in this close cabin; fog cruelly pinching the toes and fingers of his shivering little prentice boy on deck.

Gas flaming through the fog in diver places in the streets, much as the sun may, from the spongy fields, be seen to loom by husbandman and ploughboy.

The new afternoon is rawest, and the dense fog is densest, and the muddy streets are muddiest, near that leaden-headed old ornament for the threshold of a leaden-headed old corporation Temple Bard. And hand by Temple Bard, in Lincoln's in Hall, at the very heart of the fog, sits the Lord High Chancellor in his High Court of Chancery.

Never can there come fog too thick, never can there come mud and mire too deep, to assort with the groping and floundering conditions which his High Court of Chancery, most pestilent of hoary sinners, holds, this day, in the sight of heaven and earth".

Vale recordar que en la Cancillería, a que se refiere Dickens, se seguía el procedimiento romano canónico (con su sistema escrito, recepción de prueba por *examiners*, tarifa legal de pruebas, cuestiones dilatorias, etc.) que aún existe en algunos países Latinoamericanos —entre ellos, Panamá— y que es el que se trata de eliminar en la nueva codificación procesal Latinoamericana. En el proceso del *common law* también dominaban las reglas técnicas, formalismos, etc.

La crítica no era sólo de Dickens, ni era aplicable sólo a Inglaterra. La situación en el resto de Europa era igual.

Bentham se mostró siempre insatisfecho con las instituciones judiciales arcaicas y buscó su modificación mediante la aplicación del principio utilitario.

Precisamente el criterio utilitarista de Bentham llegó muy a propósito en ese momento. Bentham permanentemente tuvo su mente en la necesidad de reformas; era, como en otra ocasión expresó Stuart Mill, un hombre "de un solo ojo" ("one eyed man") (*Dissertations and Discussions*). Criticó el sistema de "judge made law" y se burló de la tesis del célebre Magistrado Mansfield, de que los Jueces eran instrumentos más idóneos que el órgano legislativo para introducir reformas jurídicas. Censuraba acremente la "antipathy to reform" del tradicionalista —otro admirado por él— Blackstone. Bentham, según anotó Dicey, "llevó la fe en la legislación científica a la generación inglesa". Trasladó al mundo anglosajón el concepto

de la "codificación"⁽¹⁾ y abogó porque se sistematizara todo el derecho a un Código científicamente diseñado. (En una ocasión abrigó el proyecto de viajar a Venezuela, a elaborar un Código que pudiera servir de modelo a los otros países Latinoamericanos). Los escritos de Bentham se dirigieron a criticar los abusos del sistema social apoyado en las instituciones judiciales que a su vez le servían de sostén. Bentham fue un reformador —reafirma Dicey— que fijó sus ojos no en ideales vagos e indefinidos, sino en un plan específico de reformas prácticas de las leyes inglesas. "¿Dónde podría encontrarse un maestro de tanta aceptación para gente de sentido común como la de un abogado que había estudiado el derecho inglés con más profundidad que muchos, y que lo había estudiado fundamentalmente con miras a removerle sus defectos?". A su vez, Verdros observa: "Bentham emprendió una crítica reformadora del derecho positivo de su época y es indudable que influyó como reformador social en la legislación inglesa de aquellos años. Su influencia se explica fácilmente con sólo considerar que su objeto de estudio no fue el hombre imaginario de Hobbes, Locke y Rousseau, sino el hombre de la vida diaria y sus necesidades" (*La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, pág. 201 y ss.).

Bentham atacó el tradicionalismo jurídico: "Authority is not a reason" (*Principle of Legislations*, Cap. XIII). Se mofaba de la escuela histórica de Savigny.

Bentham abogaba por la igualdad, la seguridad social y el "self-government".

Las ideas de Bentham cristalizaron en leyes reformatorias. Fue precisamente a mediados del siglo XIX cuando sus ideas filosóficas, jurídicas y económicas dominan (ya en 1808 había formulado una serie de recomendaciones sobre organización judicial, con ocasión de un proyecto de ley orgánica de los tribunales de Escocia, intitulado "Scotch Reform").

John Hill Burton —amigo de Bentham, quien prologó la edición completa de sus obras— citó las siguientes recomendaciones de Bentham que lograron cristalizar en leyes:

"Reforma en el sistema representativo. Reforma Municipal que consagró la abolición de fueros y privilegios. Atemperación del Código Penal. Adopción de un sistema de disciplina carcelario adap-

(1) La batalla de Jeremías Bentham por la codificación del derecho inglés resultó infructuosa —quizá la única de las grandes batallas benthamianas que resultó derrotada (Véase M. Cappelletti, *Proceso, Ideologías, Sociedad*).

tado a la reforma. Reforma de los defectos del sistema judicial. Consagración del embargo de bienes del deudor en lugar del arresto personal. Abolición de derechos e impuestos a los procesos. Eliminación de las normas que establecen inhabilidades para declarar. Sistema uniforme de leyes sobre los pobres (Pour Law's) bajo una administración central, y mecanismo para erradicar la mendicidad y el desempleo. Sistema para internar niños pobres, con el propósito de transformarlos en seres dependientes en miembros productivos de la sociedad. Bancos de Ahorros y Sociedades de Auxilio sobre bienes. Giros Postales (Postal Money Orders). Registro completo de nacimiento, matrimonios, defunciones (Estado Civil). Registros de marinos mercantes y un Código para protegerlos. Circulación de la Gaceta del Parlamento. Protección de los Inventores en el procedimiento de inscripción de Patentes".

En el curso del Siglo XIX se expidieron numerosas leyes inspiradas en Bentham. En materia judicial se promulgaron las leyes Judiciales y de Apelación ("Judicature and appellate Judicature Acts") que le daban flexibilidad al sistema procesal. El año de 1850 fue de trascendencia en la historia de las instituciones jurídicas inglesas y en él cristalizaron numerosas ideas de Bentham, mediante diversas leyes. Posteriormente, en los años de 1873 y 1895 cobraron mayor vigencia las ideas de Bentham y se prohicieron numerosas de sus recomendaciones de reformas a la legislación procesal —a pesar del carácter conservador del sistema y pensamiento inglés—. Sir Henry Maine anotó en 1874: "No conozco de una sola reforma legal efectuada desde los días de Bentham que no pueda ser trazada a su influencia" (Lectures, pág. 397). La opinión legislativa dominante —según expone Dicey— ha sido "la aceptación general del benthianismo". (Op. Cit.). Wigmore anota: "Remembering that in less than three generations nearly every reform which Bentham advocated for the law of Evidence has come to pass, we might also regard his condemnation of any rules as presumptively an index of its ultimate downfall". (Evidence, 1934, 2251). Chiovenda destaca en sus Ensayos la extraordinaria influencia de las labores en favor de la oralidad de Pagano, en Italia, Mittermeir, en Alemania y de Bentham, no sólo en Inglaterra, sino en el resto del continente. (Véase Ensayos, T. I., pág. 364: 1. pág. 124, 143, 496, 499). En su trabajo "Las formas en la Defensa jurídica del derecho", reitera Chiovenda la labor en favor de la 'eliminación absoluta de los espórtulas judiciales que Bentham colocaba entre los principales cardinales del ordenamiento judicial". Chiovenda cita una obra de Bentham poco conocida, "De la Organitacion Judiciare".

Cappelletti, a su vez, anota: "Pero el movimiento reformador, una vez iniciado, no podía estar por largo tiempo encadenado dentro de confines tan angostos. El movimiento era en realidad, como veremos, la expresión genuina de las exigencias de una nueva sociedad liberal y burguesa, el producto natural de la nueva cultura y estructura económica de la Europa del Siglo XIX y de comienzos del XX.

En cuanto tal, el movimiento reformador fue ciertamente obra colectiva y social, la cual sería completamente falseada si se quisiera reducirla a la historia de aportes individuales de algunas grandes personalidades. Sin embargo, no parece dudoso que, por lo menos en el campo de las reformas jurídicas, grandeza individual ha significado siempre, sobre todo, gran capacidad para interpretar las nuevas exigencias generales y para elaborar soluciones adecuadas para los nuevos problemas materiales, políticos e ideológicos de la sociedad. La ciencia procesalística de la época es rica en personalidades que demostraron cabalmente esa capacidad. La larga lista incluye a hombres como Pagano en Italia, Bellot en Suiza, Feuerbach y Mittermaier en Alemania y, por sobre todos ellos, Jeremías Bentham, con su penetrante, tajante y brutal crítica del pasado: un outsider (disconforme, fuera de serie), pero plenamente introducido en el continente por una famosa y oportuna traducción francesa de sus obras jurídicas". (Mauro Cappelletti, Proceso, Ideologías, Sociedad, pág. 41).

Todas las reformas inglesas fueron resultados naturales de la aplicación del principio utilitario, que "abstracción hecha de su valor filosófico —debe estar siempre presente en toda labor legislativa" (Y sobre todo, en materia de instituciones judiciales, en donde aún domina, con ciertas atenuaciones, en Latino América, el proceso romano canónico.⁽²⁾ Y su pensamiento destacó la importancia de los efectos que producen la interpretación de las leyes, más que su estructura lógica. Las leyes buenas son aquellas que, al ser aplicadas, producen buenos efectos; leyes injustas son aquellas que, al ser aplicadas, producen malos efectos. Y así con la interpretación de las mismas.

Las ideas de Bentham fueron objeto, sin embargo, de severas críticas por los autores marxistas. El propio Marx lo calificó de "ar-

(2) Enrico Tulio Liebman escribe: "...aquel proceso italiano que debió después difundirse en todo el occidente europeo y mantenerse vigente, más o menos puro, aún en los códigos modernos, y de la península ibérica trasplantáronse a la América Latina, en donde aún es, un bien aparte, derecho vigente". (Problema del Proceso Civil, pág. 479).

chifilesteo" y como "oráculo seco, pedantesco y charlatanesco en el sentido común burgués del Siglo XIX" (El Capital, T. I, pág. 490). Marx y Engels expusieron que la ilustración elevada de la ilusión de instaurar el reino de la razón había combatido la ideología y al irracionalismo de las tradiciones feudales y que el triunfo de la burguesía en la revolución francesa vino a realizar estos ideales pero resultó, como no podía ser menos que el reino de la razón se revelaba como el reino idealizado de la burguesía, con todas sus insolubles contradicciones. Marx comparó Helvetius con Bentham: "Este se limita a copiar, sin pizca de ingenio lo que Helvetius y otros franceses del Siglo XVIII habían dicho ingeniosamente". Marx parece en la comparación, aún desde su perspectiva política, injusto con Bentham. Luckacs explica, dentro del mismo contexto, que el contraste entre el ingenio y la falta de Bentham no refleja, en este caso simplemente, la diferencia entre el talento de Bentham y el de Helvetius, sino que responde, sobre todo, a dos fases distintas en la trayectoria del capitalismo y, por consiguiente, en la de la ideología burguesa. Helvetius podía ser ingenioso, porque ponía alas a su pensamiento, un odio visionario contra la podrida sociedad absolutista feudal, contra el oscurantismo de la iglesia y la religión y contra la hipocresía de las capas dominantes. Bentham, en cambio, no podrá dar muestras de ingenio porque defendía, a todo trance el capitalismo, ya victorioso y sólo podría hacerlo pasando por alto los fenómenos más importantes de la sociedad o desfigurado bajo bellos colores su esencia real. Luckacs ve sólo en Bentham un apologista del capitalismo. (El Asalto a la Razón, pág. 279).

No es de extrañar la posición marxista. Es la que asume frente a todo reformismo, porque cree ver, allá en el fondo, una racionalización del sistema y un encubrimiento de la situación real. Y desconoce el contenido de la obra de Bentham, ya que en una sociedad en que los núcleos de intereses ejercen su poder directamente, el solo pensamiento de que las leyes deben no meramente regular conductas individuales, sino dirigirse a tutelar el interés general constituye un punto importante de referencia. Además, todos aquellos medios y mecanismos que tienden a robustecer el derecho de acción (facilitando los procesos y haciéndolos más eficaces) sirven para frenar el poder inmediato que tiene el capital en el tráfico, y así no han faltado autores marxistas que reconocen que, con todo, la obra de Bentham entraña un progresismo tanto en derecho material, como en materia procesal (Véase, vs. Prokrosvski, Historia de las Ideas Políticas, Grijalvo).

En el continente europeo las ideas procesales de Bentham ejercieron interesante influencia. El Código de Procedimiento Civil de Ginebra, de 1819, pleno de innovaciones, fue elaborado por Bellot, "fuertemente inspirado en las ideas de un gran filósofo y jurista inglés, Jeremías Bentham". (Cappelletti, el Proceso Civil en el Derecho Comparado, pág. 12). El propio Bellot reconoció la influencia de Bentham en el prefacio del Código: "He debido a la amistad de M. Dumont la comunicación de sus extractos inéditos de los manuscritos de Bentham sobre el procedimiento; me es grato reconocer que ellos han sido para mí... más de una vez útiles en el curso de mi trabajo".⁽³⁾ Hasta Rusia llegaron sus efectos (Véase Halevy, The Growth of Philosophic Radicalism, 1928, pág. 80-81). En varias ocasiones habló de la posibilidad de elaborar un Código Procesal para Grecia (V. gr.: Bentham to the Greek Legislative Assembly, January 28, 1825, folio 12). El Código Procesal del Estado de Nueva York, uno de los más innovadores, y que influyó decididamente en las reformas judiciales norteamericanas posteriores fue elaborado por David Dudley Field, "a power figure... a leading lawyer of his time" (Kaplan); un "follower of the great English Law reformer Jeremy Bentham" (Jurisprudence, Patterson, pág. 422). "Aún cuando el movimiento (de reforma procesal en los Estados Unidos) obtuvo su ímpetu inicial de los ingleses, quizá el último triunfo en materia de reforma procesal se obtuvo en Nueva York". (Field y Kaplan, Materials for a basic course in Civil Procedure, page 33).

Los rasgos esenciales fueron la eliminación de las "forms of actions", la eliminación de numerosos procesos especiales y reducción a un proceso único, y la facilitación del ejercicio del derecho de acción. El Código fue copiado por el del Estado de California y éste, a su vez, sirvió de modelo a numerosos códigos —v. gr.: Kentucky, 1851; Ohio, 1855; Iowa, 1855; Wisconsin, 1856; Kansas, 1859; Nevada, 1861; Dakota, 1862; Oregon, 1862; Idaho, 1864; Montana, 1864; Arizona, 1866; Washington, 1869; etc.— influyendo ellos en los Federal Rules. Los Federal Rules adeudan —añota Kaplan, op. cit., pág. 338— mucho al Código de Field. El Juez norteamericano Clark, expresó que las Federal Rules "presentan una interpretación y ejecución actual de lo que en el fondo son los principios de Field".

(3) "J' ai dû à L'amittité de M. Dumont la communication de ses extraits encore inédits des manuscrits de Bentham sur la procédure; je me plais à reconnaître qui il m'ont été... plus d'une fois utiles dans le cours de mon travail".

Las ideas y proyectos de Bentham fueron conocidos en Latino América.⁽⁴⁾ Bentham siguió de cerca los movimientos latino-americanos.

Andrés Bello,^(4 bis) Miranda, Rivadavia, Bolívar, Santander, José Del Valle, Justo Arosemena, recibieron sus influencias. El "Universal Lelislator" llegó a pensar en preparar una codificación para toda Latino-América. Quiso ir a residir a México lugar en el cual encontraría campo para sus actividades. En otra ocasión proyectó ir a Venezuela a "hacer algo propio de mi oficio ("my trade"), a saber "preparar una codificación ("to draw up a body of laws for the people there") (G. K. Ogden "Introduction to the theory of legislation"). Una especie de lazo misterioso, de simpatía íntima, tuvo este gran Reformador con Latino-América, por cuya codificación mostró vivo y continuado interés, y hoy día —como ha ocurrido siempre en Latino-América, con efectos diferidos— estamos recibiendo los beneficios de las enseñanzas de Bentham. Bentham se convirtió en una escuela de pensamiento procesal. Sus obras circularon profusamente en Latino-América, en tanto que en Inglaterra circuló sólo una décima parte, según Ogden (Introduction). El extraordinario procesalista colombiano del siglo pasado, Demetrio Porras —Padre del Presidente Porras— se refiere con frecuencia a Bentham, en su obra *Práctica Forense* cada vez que desea consignar con-

(4) Antonio Rocha relata que en Colombia a mitad del siglo pasado, Bentham tuvo una enorme influencia y que su tratado de prueba judicial fue texto en las escuelas de derecho y jurisprudencia, y que es dato curioso y significativo que el abogado Raimundo Rossi, tristemente famoso en la historia de la alta criminalidad criolla, se hizo su propia defensa, aunque sin éxito, pues fue condenado a muerte por un jurado por el asesinato de Manuelito Fierro en 1861, analizando las declaraciones e indicios que presentó el Fiscal de la causa, a la luz de las teorías de Bentham sobre pruebas. El historiador J. M. Cordovez Moure, en *Reminiscencia de Santa Fe y Bogotá —Juicio y Ejecución de Rossi—* dice:

"El Jurado, presidido por el respetable ciudadano Don José María Triana, empezó sus tareas con la lectura del sumario, que se componía de varios abultados expedientes. Rossi observaba continuamente reposado y en apariencia se ocupaba de la lectura de las Pruebas Judiciales, de Bentham, pero hacía de cuando en cuando anotaciones de los documentos que leían". (Véase Antonio Rocha, *De la Prueba en Derecho*, pág. 14).

(4 bis) Andrés Bello trató a Bentham en Londres y recibió su influencia. Bello y Bolívar conocieron a Bentham en 1810, guiados por Miranda. Siguiendo a Bentham, criticaba el sistema judicial "Porque nada es más a propósito para oscurecer el brillo de la magistratura y para envilecerla en cierto modo a los ojos de sus compatriotas y de las naciones extranjeras que la dura necesidad en que éste coloca de administrar un sistema vicioso, cuyos malos efectos se imputan sin razón a los jueces en vez de atribuirlos a las leyes y prácticas establecidas". En 1852 se le confió a Bello la preparación del Código de Procedimiento Civil. (Véase Sergio Fernández Lauraint, *Cartas a Bello en Londres, 1810 a 1829*. Edit. Andrés Bello, Chile).

sideraciones doctrinales sobre la materia de pruebas. En relación con la influencia de Bentham en Justo Arosemena, anota Soler:

"Santander, fundador del partido liberal colombiano, amigo de Bentham, había exigido el empleo de sus textos en la enseñanza superior colombiana (Soler cita a Hoeningberg, J.: "Santander, el clero y Bentham). En México, el teórico del liberalismo, José María Luis Mora y Mariano Otero, conocieron, discutieron y asimilaron el utilitarismo benthamiano. En Argentina la Universidad de Buenos Aires, creada por la administración liberal de Rivadavia para oponerla a la virtual y conservadora Córdoba, las obras de Bentham virteharon los intentos renovadores de la enseñanza jurídica. En Panamá el criollo liberalista de la zona de tránsito no podía menos que encontrar en el principio de estabilidad la justificación de su actividad económica y de su actividad virtual. No podía esperarse menos de un Bentham, el mismo libre-cambista, que había consagrado una de sus obras a la Defensa de Usura.⁽⁵⁾ En Bentham había de inspirarse, pues, su nueva ética y su nueva filosofía. Tal fue la función histórica-social y el sentido de la inspiración benthamista que encontramos en la obra jurídica, ética, filosófica de Justo Arosemena" (Ricaurte Soler, *Formas ideológicas de la Nación Panameña*).

Sin embargo, en cuanto a reformas judiciales, podemos afirmar que a pesar de que Justo Arosemena había recibido la influencia de Bentham, el propio Código Judicial que Justo Arosemena preparó para el Estado Federal de Panamá (1871, Imprenta de Hallet I. Breen, Nueva York), prescindió en concreto de los ideales de Bentham, y se aferró al sistema procesal romano-canónico que existía (Ello tiene una inmediata explicación: era imposible, dado los standards jurídicos existentes y los *usus fori*, novar, en el Estado Federal de Panamá, que vivía dentro del contexto colombiano, toda una estructura procesal).

Las ideas de Bentham en materia de pruebas judiciales son hoy día objeto de admiración y determinantes en el movimiento de

(5) No es totalmente justa la afirmación de Soler en cuanto a la defensa de la usura. Es cierto que, a mediana edad, en Petrogrado, Bentham escribió una defensa de la usura. Pero posteriormente, durante toda su vida, la combatió, y como efecto de la obra de Bentham, en Inglaterra, se adoptaron leyes contra la usura. (Véase "Bentham's Place in the English Legal History", por Sir William Holding Sworth, *California Law Review*, Vol. 23).

reforma procesal Latinoamericano. En Colombia, en 1957, la Corte Suprema decidió un caso fundado en el criterio de Bentham sobre un aspecto probatorio (G. J. LXXVI, N° 2188-9001, Sentencia de 5 de octubre de 1957).

Nuestra Corte Suprema se ha valido de las doctrinas de Bentham que clasifica las normas en "sustantivas" y "normas adjetivas", reconociendo que procede de Bentham (S. de 20 de diciembre de 1944, R. J. N° 1 de 1945). Son de especial relevancia las numerosas recomendaciones formuladas por Bentham en materia probatoria de su obra "Rationale of Judicial Evidence", en la cual describe los métodos que los tribunales deben seguir para obtener la verdad lo más rápido posible. La obra fue publicada en francés, ("Traité de preuves judiciaires"), por Bentham en Francia, 1823 y la edición en inglés en 1827 en Inglaterra ("Treatise on Judicial Evidence" .. En español se han publicado varias traducciones. La última la dirigió el procesalista Santiago Sentís Melendo y fue publicada por E. J. E. A. Dillon en su Select Essays in American Legal History, Vol. 1, pág. 492, señala que esta es la obra más crítica de las que se han escrito en contra de las instituciones procesales. Anota: "No produjo efecto inmediato en la mente de los profesionales del derecho. Se le consideró como la especulación de un visionario". La edición en inglés estuvo a cargo del joven John Stuart Mill, quien nos relata en su Autobiografía (Austral, pág. 72) cómo preparó la versión y las penalidades por las que pasó.

Bentham dedicó una atención preferentemente a la cuestión procesal. Además de su obra fundamental, antes citada, "La Teoría de las Pruebas", publicó numerosos trabajos que mencionaremos en el curso de este ensayo, y ofreció elaborar proyectos de Códigos Procesales para el Gobierno inglés y para el Gobierno griego. Se dirigía continuamente a funcionarios de distintos países —Francia, Grecia, España, Estados Unidos, Latinoamérica— formulándoles recomendaciones de reformas a las instituciones jurídicas y ofreciéndoles su cooperación mediante la elaboración de proyectos de Códigos, especialmente el procesal.

En sus "Principles of Judicial Procedure with the Outlines of a Procedure Code" —que aparecen en el tomo segundo de sus obras completas— ya se advierten las preocupaciones de reformista y su "Scotch Reform" (1808) constituye el primer trabajo crítico y maduro. En 1820 apareció el "Elements of Art of Packing as supplied to Special Juries" (1821). En 1824 apareció "Rationale of Judicial Evidence". En 1828 publicó el "Constitutional Code", que le dedica

gran parte a la cuestión procesal. Bentham anticipó numerosas reformas procesales que se llegaron a adoptar después. "La reforma legal significa —escribió Bentham— particularmente reforma procesal" (Portafolio, 4, f. 93).

Señalaremos los aspectos en los cuales Bentham ha influido en el movimiento de reforma procesal o ha coincidido con él. La cuestión procesal fue un tema favorito de Bentham.

1. - **ORALIDAD.** El movimiento de reforma procesal ve en la oralidad la única solución al problema de la crisis que existe en la administración de justicia. Enseña Chiovenda, que, simultáneamente y aún con anterioridad a la gran campaña por la oralidad emprendida en el continente por estudiosos y reformadores como Pagano, Barbacovi y Nicolini, en Italia, Feurebach, Maurer y Mittermair en Alemania, Bellot en Suiza, "un gran jurista y filósofo inglés (quien) había escrito sobre la oralidad páginas inmortales, poniendo en claro su relación con la prueba". (La oralidad y la Prueba, Ensayos). Chiovenda, obvio es, refiérese a Bentham y a sus "críticas formuladas... al sistema, que en Inglaterra no estaba vigente más que en las Cortes eclesiásticas y en las cortes del almirantazgo, pero que estaba entonces extendido en el continente". Sistema según el cual, en la descripción de Bentham, "las partes no son llamadas a comparecer ante el Juez; todo tiene lugar por medio de los apoderados. Los escritos en forma de memorias, discursos, declaraciones, súplicas, réplicas, contrarréplicas, se admiten sin fin y sin cesar, siempre en el estilo prolijo y en las formas redundantes de los prácticos. El testimonio (es) recibido en muchos casos de la manera más imperfecta, es decir sin las garantías que lo pueden hacer exacto y completo; testimonios sin publicidad, por el juez solamente o sin interrogatorio cruzado o contra-examen por las partes interesadas: declaraciones recibidas por escrito sin someterlas a la prueba de la contradicción... Las causas son registradas y los días fijados de acuerdo a reglas generales, según la conveniencia mutua de los procuradores, de donde resultan peticiones continuas de dispensa y pretextos para prolongar indefinidamente los negocios... Un Juez recibe los testimonios y no decide; otro decide, sin haber oído él mismo a los testigos... Los diversos escritos expositivos de demandas y de defensas... son asfixiados por prolongaciones infinitas".

En el lugar de este tipo complicado de "procédure technique" —en realidad el tecnicismo no es más que una modalidad, la más sofisticada del formalismo—, Bentham se convertía en propugnador de un tipo de procedimiento "naturelle", basado principalmente

en aquellos criterios que, en el continente, caracterizarán, en gran parte, la idea de "oralidad" y las reformas que bajo este nombre se propugnarán: "Apenas si es del caso observar que, con la referencia al pensamiento de Bentham, no se quiere sustituir en absoluto una historia de individuos y de ideas a una historia de grupos sociales y de problemas. El pensamiento de Bentham ha tenido, al menos en el campo a que nosotros aquí nos interesa, pleno éxito por la simple razón de que su análisis reflejaba exactamente las exigencias y los problemas llegados a maduración en la sociedad inglesa y de gran parte de Europa en la primera mitad del siglo pasado". (Véase a Chiovenda, "Las Formas del Procedimiento..." Ensayos, T. T. 11, EJE, pág. 497, Mauro Cappelletti. La Oralidad y la prueba en el Procedimiento Civil, pág. 61). En otro trabajo, vuelve a recordar Chiovenda los afanes de Mario Pagano en Italia; Bentham, en Inglaterra, Mittermair en Alemania". Chiovenda, Las Ideas Romanas en el Proceso Civil, Ensayos T. I., pág. 364). Y Chiovenda destacó que el moderno principio del libre convencimiento del Juez puede encontrar su actuación sólo en un proceso oral. "La libertad del convencimiento —escribió— viole l'aria e la luce dell'udeinza; nei laberinti del proceso scritto essa si corrompe e moure" (Saggi, II, pág. 225).

Y Bentham concibió la oralidad en función de intermediación. Censura el sistema de "separar la función de interrogar y la de juzgar" (El Juez sustanciador y el Juez fallador). Anota que en la forma procesal que la ley canónica introdujo en Europa, las declaraciones escritas eran cuestión de necesidad. "El Juez A. que pronunciaba la sentencia, no había escuchado un solo testigo y tomaba en decisión basándose en las declaraciones escritas". Como se puede advertir, la figura del Juez instructor sustanciador —que el Código italiano de 1940 consagró como una novedad y que en estos últimos tiempos algunos ordenamientos han prohijado— Bentham la critica y hace énfasis en que el centro de gravedad de la protección jurídica se encuentra en la determinación de los hechos por el propio Juez. En nuestros países el Juez instructor lo es el Secretario del Tribunal. (Nuestros vecinos de Costa Rica han legalizado las figuras del Juez instructor y del Juez Fallador que el Movimiento de Reforma Procesal adversa).

2. - *PROCESO UNICO*. Como hemos visto con antelación, Bentham tuvo en mientes un proceso único, un "process naturelle" en contraposición con el "process technique". En esa época en Inglaterra —y en el continente— existían "formas of actions" y se daban

en el Código francés y en la ley española de enjuiciamiento civil un número extraordinario de juicios especiales. Los Códigos procesales Latino-Americanos también adolecen de un número crecido de juicios especiales. (Nuestro Código Judicial excede de 56 procesos especiales). Uno de los ideales del movimiento de reforma procesal es el de reducir los innumerables procesos especiales a procesos tipo. En Inglaterra la Ley de 1875 —concebida bajo la influencia de Bentham— consagró el "proceso único". El Código de Nueva York, elaborado por David Dudley Field, conforme expusimos, admirador reconocido de Bentham, abolió la distinción de los juicios y los reducía a un proceso único. El Federal Rules de los Estados Unidos establece "one form of action". La Ley Mexicana Federal de Procedimiento Civil establece el "juicio único". Nuestro Proyecto Judicial —más tímido— consagra "procesos tipos".

3. - *TASAS JUDICIALES*. Bentham censuró en forma vivaz e implacable las tasas judiciales ("espórtulas"). En 1793, al enterarse que el Parlamento se proponía aumentar las tasas judiciales, se opuso y publicó un folleto "Protest against law taxes". Se considera que, con tal publicación de Bentham, se frustró el proyecto para siempre. Su amigo y admirador y discípulo Dumont escribió al respecto:

"Aquella protesta está escrita en estilo popular, enérgico, a veces vehemente. El argumento es vivo, elocuente, cerrado y presenta con todo rigor sus consecuencias. Se me habría acusado de exageración si lo hubiese traducido literalmente. BENTHAM escribía para Inglaterra, donde esas tasas alcanzaban un extremado abuso; mientras que yo escribo para Francia, donde el mal no es todavía tan grande. Hay una diferencia esencial a este respecto entre esas dos jurisprudencias: En Francia la acción pública persigue casi todos los delitos y carga con los gastos; en Inglaterra la acción pública no actúa sino en un pequeño número de casos; su persecución es asunto de los individuos lesionados. En consecuencia, las tasas judiciales obran en dos sentidos: por un lado, disuaden a la gente agraviada a emprender una acción onerosa, y por otro dan ánimos indirectamente a los delinquentes. En los asuntos civiles, los gastos de procurador y abogado son ya excesivos y las tasas judiciales representan una sobrecarga que ha de producir frecuentemente los efectos que BENTHAM DESCRIBE CON UNA FUERZA que parecería exagerada fuera de Inglaterra". Más adelante agrega Dumont: "Poner fuera de ley es un medio de rigor ex-

tremo. Se pone fuera de ley a quienes se sustraen a la jurisdicción de los tribunales. Con las tasas sobre los procedimientos se pone fuera de la ley aquellos que tienen una mayor necesidad de los tribunales y que los imploran”.

Recapitula Dumont el pensamiento de Bentham:

“O mucho me engaño o está probado que las tasas sobre los procedimientos judiciales son las peores que existen; que son, en muchos casos, una denegación de justicia y, en la mayoría, una contribución impuesta a la miseria; que obligan a soportar el fardo, no a quienes obtienen más beneficios de los tribunales, sino a quienes obtienen menos; y que, lejos de tender a disminuir el número de procesos, ofrecen un aliento directo a los litigantes de mala fe”.

Se preocupó de la situación de las personas de escasos recursos. Cada tribunal debía tener un Abogado Gubernamental y un Abogado Gratuito (“Eleemosinary Advocate”) en lugar al Procurador General, cuyo despacho era deficiente en diversos sentidos, y se quejaba de la ausencia de un público de representar o asistir a los litigantes pobres en casos civiles y criminales (Works, 4, pág. 384).

4. - **JUICIO PUBLICO.** Es uno de los conceptos que continuamente insiste Bentham. Como anota el reputado procesalista norteamericano Wyness Miller, “los capítulos de Bentham sobre publicidad y reserva —uno de los más sólidos productos de su genio— serían siempre considerados como ocupando el primer lugar en la enseñanza de esta materia” (Pág. 69). En el Capítulo XIV, pág. 321, sintetiza Bentham su pensamiento así:

“La opresión en todas sus formas, trata de rodearse del mayor secreto; no hay nada que tema tanto como la luz del día. El Magistrado más tiránico se hace moderado, el más audaz, se convierte en circunspecto, desde el momento en que, expuesto a todas las miradas, advierte que no puede formular ningún juicio sin ser juzgado él mismo”.

En el Tratado de las Pruebas Judiciales expone que la publicación es la más eficaz salvaguarda del testimonio y de las decisiones que es el alma de la justicia y debe hacerse extensiva a todas las partes del procedimiento y a todas las facultades del espíritu

que concurren para producir una exposición fiel y en particular la atención, tan necesaria a la tarea de la reminiscencia. “La solemnidad de la escena los inmuniza contra su ligereza o su indolencia”.

La publicidad influye sobre la veracidad del testigo. La mentira puede ser audaz en un interrogatorio secreto, más es difícil que lo sea en público, e incluso es extremadamente improbable por parte de cualquier hombre que no sea un depravado completo. Todas las miradas dirigidas sobre un testigo lo desconciertan si tiene un plan de impostura; percibe que la mentira puede encontrar un contradicto en cada uno de los que lo escuchan. Tanto una fisonomía que le es conocida como tras mil que no conoce, lo inquietan por igual y se imagina, a pesar suyo, que la verdad que trata de ocultar surgirá del seno de esa audiencia y lo expondrá a los peligros del falso testimonio. Se da cuenta de que hay al menos, una pena a la que no podrá escapar: la vergüenza en presencia de una multitud de espectadores.

Bentham hace énfasis en que la publicidad en el procedimiento puede también tener un efecto saludable, creando una conciencia pública con relación al testimonio y formando así, en este punto esencial, la instrucción de los individuos.

5. - **ANTIFORMALISMO.** Criticaba “la obscuridad en que todo el sistema procesal estaba envuelto por una espesa nube de tecnicismo”. (Works, Vol. 2, pág. 171). (El tecnicismo, como hemos dicho, no es sino la forma más sofisticada del formalismo).

Consideraba que existía una especie de conjuración entre Jueces y Abogados con el objeto de mantener obscuro, complejo y técnico el régimen procesal. Hace unos sesenta años —escribió— deserté del ejército de los abogados y he llevado en contra de ellos “a guerrilla war ever since”. “Entre los abogados y Jueces existe una especie de sociedad en comandita o ilícita, “Judge & Co.”. Precisamente era esa minoría que constituía, según Bentham, el mayor obstáculo para una reforma procesal, al igual que ocurría con todo tipo de reforma, en que los Gobiernos estaban contaminados por estas “ruling classes the sub-rulling few”. (Principles of Judicial Procedure, Works, Vol. 2, pág. 120).

Bentham insiste en que el fondo debe prevalecer sobre la forma y señala, con ironía, que el procedimiento francés era tan enmarañado que el propio Montesquieu, Presidente de un Tribunal Su-

perior, declaraba que no lo entendía. Se preguntaba, con burla, "¿cómo sería un procedimiento que el propio Montesquieu no podría entender?".

¿Qué es una regla falsa en materia de procedimiento? Es una regla que tiende a poner en contradicción la decisión del juez y la ley, que constriñe al Juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión, a sacrificar el fondo a la forma, a juzgar como hombre de ley de muy distinta manera que lo haría como hombre privado.

En todas esas hipótesis lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva les quita los medios de obtenerlo; los dos aspectos de la ley están en oposición el uno con el otro. Las reglas probatorias ideales, para Bentham, se logran no acudiendo a una investigación erudita ("erudite research"), sino examinando la "unidad familiar" —el tribunal doméstico—. El modelo del procedimiento está cerca y es inalterable. Un buen padre de familia, en medio de los suyos, regulando sus disputas, es la imagen de un buen juez. En él encuentra "the natural model of legal procedure". "El hombre del campo lo sigue por instinto; el hombre de ley se aparta de él por erudición". Se queja de que el Legislador tímido por razón de su ignorancia, haya permitido que los abogados asuman el absoluto dominio de las formas del proceso y que contemplen el proceso como una fuente de ingresos y hayan "laboured to multiply unjust defences, delays, incidents, expenses". Se han ingeniado para hacer el proceso lo más complejo y absurdo posible.

¿Cómo es este procedimiento? Bentham lo expone así:

"Veamos ahora cuáles son los rasgos más destacados de ese procedimiento doméstico o natural. El padre de familia, desde el momento en que se promueve una discusión entre personas que dependen de él, o que ha de decidir en un caso de contravención de sus órdenes, hace comparecer ante él las partes interesadas, les permite declarar en su propio favor; exige una respuesta a todas sus preguntas, incluso en perjuicio; y considera su silencio como una confesión, a menos que perciba los motivos que pueden incitar al inocente a callarse. Hace el interrogatorio en el lugar mismo; la contestación es dada inmediatamente después de cada pregunta, sin que se conozca la que ha de venir a continuación. No excluye ningún testigo: escucha todo, reservándose la apreciación de cada testimonio, y no se pronuncia de acuer-

do con el número sino de acuerdo con la calidad de los testigos. Permite a cada uno de ellos hacer de corrido su narración, a su manera, y con expresión de las circunstancias necesarias para obtener la cohesión de todo. Si hay contradicciones, las confronta inmediatamente, carea una con otra y de esa oposición surgirá la verdad. Trata de llegar rápidamente a una conclusión, a fin de no fomentar los gérmenes de disensión en su familia; y puesto que los hechos recientes son más fácilmente conocidos y probados, no concederá aplazamiento sino por razones especiales". (Tratado de las Pruebas Judiciales, J. Bentham, pág. 19).

Los tribunales se han poblado de "harpies, who devour the unhappy litigants, legal fictions, multitudes, superfluous forms, privileged lies". El justiciable se encuentra con frecuencia que la reparación de la lesión es más ruinosa que la lesión en sí mismo. (Judicial Evidence, L. I., Cap. 13).

Critica el exceso de nulidades por infracciones formales. (Vol. 6, pág. 471).

6. - *LA CARGA DE LA PRUEBA*. Bentham formuló un ataque a la concepción clásica de la teoría de la carga de la prueba —concepción que hoy día es objeto de una revisión—. Según Bentham, la obligación (la carga) de la prueba debe ser impuesta en cada caso individual, a la parte que pueda asumirla sin el menor inconveniente, esto es, con menos dilación, molestias y gastos.

7. - *LA FUNCION DE LA PRUEBA*. Bentham destacó la función vital que deben tener las pruebas en el pronunciamiento de la sentencia y la eliminación de las vallas que separan al Juez de los hechos. La reacción contra el proceso romano-canónico vigente se inició con Bentham. Fue él quien acentuó la importancia del hecho, de la experiencia, en el proceso. "El arte del procedimiento —escribió Bentham— es el de administrar las pruebas". El Juez debe recoger los hechos en su totalidad, no hacerles decir lo que no dicen, examinando el conjunto de la prueba /"The mass of evidence"/, expresión de Bentham, que popularizó Wigmore.

8. - *TEORIA UNITARIA DE LAS PRUEBAS*. Vemos que Bentham aún sin dilucidar específicamente la cuestión, examina conjuntamente los problemas de la prueba civil y prueba penal, en una época en que dominaba el criterio de que se trataba de dos sistemas distintos. Hoy día el movimiento de reforma preconiza la con-

cepción unitaria de la prueba. En el Capítulo I del Tratado de las Pruebas judiciales, anota: "Todo lo dicho se refiere a la Ley penal cuanto a la comúnmente llamada ley civil".

9. - **SISTEMA RACIONAL DE LA PRUEBA.** Bentham ataca el sistema de la prueba legal e inicia la lógica de la prueba testimonial. Criticó el sistema de la prueba tasada del Derecho Canónico —"triste residuo del conceptuoso escolasticismo que sobrevivía en los Códigos europeos"— con su escala matemática de plena prueba, prueba semiplena (con "minus plena probatio", "semi plena major", "semi plena minor", un cuarto de prueba o un octavo de prueba). De Bentham es la gráfica expresión *de que los testigos se pesan, no se cuentan*. Bentham es el producto del nuevo espíritu científico que empieza a surgir en Europa y que, andando el tiempo, será eficaz instrumento en el industrialismo europeo. Conforme anota Max Weber ("Formas racionales e irracionales de administración de justicia", en Harvard University Press, 1959, págs. 349-356), la naturaleza cada vez más compleja de los asuntos producidos en una economía cada vez más racionalizada no podía ser enfocada con las antiguas técnicas toscas del juicio por ordalias, o juramentos, sino que requería una técnica racional de investigación de los hechos, tal como la conocida por esos hombres de formación universitaria. El factor de la estructura económica cambiante operó, es verdad, en todas partes —inclusive en Inglaterra— donde los procedimientos racionales de prueba fueron introducidos por la autoridad real en interés de los comerciantes. Bentham calificaba las reglas de la ley: "manivelas con que se conduce ciegamente" y estimaba que la lógica judicial debía colocar al hombre de leyes en estado de juzgar las pruebas no de acuerdo, sino por principios razonados. (Tratado de las Pruebas, Introducción, VII).

Bentham preconizó la eliminación de la prueba formal y la adopción de un sistema racional, que, por cierto, fue adoptado en Inglaterra. En la página 45 de su Tratado sobre las Pruebas, escribe:

"Analizar los motivos, discernir los diversos grados de intención, desembrollar las causas que influyen sobre la sensibilidad, valorar un testimonio frente a otro, sopesar un testimonio particular contra una probabilidad general, representan operaciones que suponen un grado de estudio del corazón humano. A medida que esos conocimientos psicológicos fueron desarrollándose, se han abandonado aquellos medios singulares y extravagantes, a los que se tenía que recurrir

para la investigación de las verdades legales; las ordalias, los combates judiciales, los juramentos expurgatorios, las torturas. Los procedimientos han dejado de ser un juego de azar o escenas de junglerías; los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos, el hombre vigoroso que habría defendido cien injusticias con el hierro en la mano, no se atreve a afrontar, en presencia del público, las miradas inquisitorias de un Juez".

Bentham formula observaciones de interés sobre la prueba indiciaria y destaca que su mérito se funda en el encadenamiento de las causas y de los efectos y que los diversos hechos circunstanciales —los indicios— deben concurrir conjuntamente a demostrar el hecho sujeto a prueba (T. I., pág. 312 y ss.).

Ello ha motivado incluso el reconocimiento de autores socialistas. Así por ejemplo, mientras que Engels censuraba acerbamente el sistema probatorio inglés anterior (Obras completas, T. II., pág. 384), Vishinski en su obra sobre "La teoría de la Prueba en el Derecho Soviético", da muestra visible de admiración (Bentham reconoció la singular importancia de la prueba de testigos, a las cuales calificaba de ser "los ojos y los oídos de la justicia") (T. I., Cap. II). En otro lugar se refiere a "las causas psicológicas de la verdad o de la falsedad del testimonio" y del "examen de las facultades intelectuales y de las disposiciones morales del litigio". (Pág. 47).

10. - **FACULTADES PROBATORIAS.** A pesar del carácter privatista de las concepciones procesales de ese entonces, Bentham insistió en la necesidad de que el Juez tuviera amplia facultad para investigar los hechos controvertidos. En el Libro IX, Cap. V, escribe:

"Después de estas nociones preliminares, las cinco reglas siguientes serán suficientemente inteligibles sin ninguna preparación ulterior.

Primera regla: *El procedimiento de investigación debe ser aplicable a toda clase de causas, tanto civiles como no penales.*

Segunda regla: Cada tribunal de justicia debe poseer y ejercer esa facultad procesal.

Tercera regla: Con relación a cada causa individual, la potestad para la sentencia definitiva, debe estar en las mismas manos que la del procedimiento de investigación".

Más adelante, agrega:

“Regla segunda: Cada tribunal de justicia debe gozar del mismo poder investigador. Esta regla es consecuencia necesaria de la precedente. Puesto que no hay ninguna causa que no lo necesite, *no habrá ningún tribunal que pueda estar seguro de hacer justicia si no tiene la facultad de ejercer ese poder*”.

Fue una idea muy arraigada la de Bentham la de libre investigación del Juez tanto en materia penal como en materia civil. Aparece, además, en notas a los códigos Napoleónicos (“*Procedure Code Bonparte’s*”).

11. - *LA ELIMINACION DEL JURAMENTO*. El racionalismo de Bentham lo indujo a atacar vehemente el juramento como garantía de los juicios, fundándose en dos razones: a) En primer término, condena la absurda regla que excluye de la categoría de los testigos a aquellas personas que, por razones religiosas no prestan el juramento en la forma prescrita. b) En segundo término, desvirtúa la especie de que el juramento es un mecanismo que impide el engaño. Considera el juramento como una supervivencia de una antigua superstición. Escribe Bentham:

“*A un Juez experto no le inspira ninguna confianza el juramento. Ya lo ha visto tantas veces prostituído a la mentira. Por esto toda su atención recae sobre la naturaleza del testimonio. Escudriña al testigo; examina su tono, su aire, la simplicidad, sus variaciones, su acuerdo consigo mismo y con otros. Hay síntomas que permiten apreciar la probidad de quien habla, no los hay para juzgar de su religión. Cuando más ha envejecido el juez en su oficio, menos creará en la influencia del juramento*”.

Toda la legislación europea exigía el juramento. El juramento crea una confianza ilusoria al dar a los testimonios una fachada engañosa y transformarse en “una almohada de pereza” para los jueces mal preparados; es decir, la renuncia a todo esfuerzo crítico. *No pasa de ser un vestigio del antiguo sistema de la legalidad*. Desde el momento en que, actualmente el juez aprecia con toda libertad los testimonios, puede atenerse a cualesquiera disposiciones que le parezcan preferibles, aún hechas sin juramento. “La falta de éste no impide la veracidad de las primeras declaraciones, hechas antes

de que intervengan influencias deformadoras, o, sencillamente, el olvido de ciertos detalles”. (Véase Gorphe, de la *Apreciación de las Pruebas*, pág. 386). La Ley de juramento de 1838 (“*Oaths Acts*”) establecía que se puede prestar cualquier tipo de juramento que el testigo estime vinculante y Leyes posteriores de 1869 y 1888, permitieron la afirmación en reemplazo del juramento. De igual manera, mientras que la codificación tradicional Latíno-Americana exige el juramento, las leyes actuales —nuestro proyecto de Código Judicial— establecen la afirmación de decir la verdad.

12. - *INHABILIDAD DE LOS TESTIGOS*. Bentham preconiza la eliminación de las inhabilidades de testigos, de suerte que declare toda persona que pueda arrojar luz al proceso. Como se recordará, el proceso romano-canónico —y aún nuestros códigos tradicionales— contiene un régimen rígido de inhabilidades y tachas, que más que nada obstruyen las fuentes de informaciones sobre los hechos. Bentham defiende incluso la declaración de parte; el reconocimiento de que las partes pueden declarar en los procesos, ya que nadie mejor que ellos están familiarizados con los hechos que han dado margen a la controversia. Los Códigos tradicionales no permiten que las partes declaren en su propia causa, ni personas vinculadas a ellas. Bentham vivió criticando este sistema y se han aceptado sus ideas en los Códigos de estos últimos veinte años.

En efecto, al igual que en nuestros Códigos Latino-Americanos actuales —incluyendo el nuestro— el common law estaba lleno de *exclusionary rules y disqualification*. Se excluía el testimonio de parte, el de cónyuge de la parte, de empleados, cualquier persona que tuviere “financiamiento”, al igual que de las personas acusadas por ciertos delitos. Toda persona que pudiera tener un interés en el proceso, por pequeño que fuere, eran —y son, en nuestros Códigos Latino-Americanos— inhábiles para declarar. En el año de 1843 fue eliminado en Inglaterra, mediante la influencia de Bentham, el régimen de inhabilidades de testigos —régimen que no es sino en el actual Proyecto de nuestro Código Judicial que se suprime—. Cappelletti expone que las “ideas de Bentham no tardaron en abrirse camino... Es inútil decir que la escuela “utilitarística” que ha arrancado del pensamiento benthamiano era nada favorable a las viejas abstracciones y a los apriorismos formalísticos que inspiraban la lógica escolástica y que estaban formando la base de la prueba legal y de aquella expresión del mismo representada por el sistema de los disqualifications y de los exclusionary rules” (Cappelletti, *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*).

Los Códigos Latino-Americanos modernos rechazan esos “*exclusionary rules*” y “*disqualifications*” (exclusiones e inhabildades) y someten la apreciación de todos esos testimonios a la “sana crítica”.

La eliminación de las exclusiones de los testigos y su recepción como “testigos sospechosos” procede de Bentham.

Bentham critica igualmente la “absolución de posiciones” que Hernando Devis denomina “un fósil jurídico” y que los Códigos Latino-Americanos modernos rechazan y que la han sustituido por la declaración de parte.

13. - *EL RECONOCIMIENTO DEL “HECHO NOTORIO”*. Bentham se refiere en distintos pasajes a los hechos notorios (v. gr., Cap. XVIII del Libro I y Libro V). Escribe:

“Sin embargo, hay casos en que los hechos son tan notorios, que ni la parte adversa se atrevería a negarlos sin exponerse a una imputación de mala fe”.

Es cierto que no lo hace con la visión de un Calamendrei, pero lo esencial es que nuestra conciencia del problema y que se aparta radicalmente de aquel apotegma —que aún subyace en nuestros Códigos tradicionales— de que lo “que no está en el expediente no está en el mundo”.

El movimiento procesal latinoamericano insiste en que se releve al Juez aquel principio de que, para que tome en cuenta cualquier hecho aunque sea notorio, debe éste estar comprobado. Nuestro Código Judicial vigente sigue aferrado al mencionado apotegma.

Por ello exclama Bentham, no sin sorna, que el arte de fallar era el arte de ignorar lo que todo el mundo sabe.

14. - *CRITICA A LA REGLA DE “THE BEST EVIDENCE RULE” (“LA REGLA DE MEJOR PRUEBA”)*. Según esta regla, la parte ha de presentar la mejor prueba de que es susceptible la naturaleza del hecho. De acuerdo con ello, las siguientes pruebas se excluyen totalmente: 1. - Prueba referencial; 2. - Prueba secundaria de documentos —copias— cuando existieren originales; 3. - Prueba de documentos que no sean presentados por los que lo hubieren suscrito. Bentham censuró la “best evidence rule” —que, de paso, aparece reflejada con frecuencia en la jurisprudencia recaída sobre los Códigos Latino-Americanos— y lo cierto es, que sea bajo la influencia o no de la obra de Bentham, los Códigos modernos Latino-

Americanos la abandonan. Anotan G. W. Keeton y O. R. Marshall (“Benham’s influence on the Law of Evidence”): “the rules governing production reached their maximum success in the interest to convenience - a development to which Bentham contributed, for in his treatise on Judicial Evidence, he argues forcefully for a least rigid rule”.

El positivismo benthamiano significó un enfrentamiento respecto al concepto clásico de la prueba. Bentham introdujo el concepto moderno de prueba. En los tiempos modernos —explica A. Giuliani, “Il concetto di Prova”— la historia de la teoría de la prueba, se confunde con la historia de la lógica de la inducción; y también en el derecho de la prueba es —desde un punto de vista lógico— “un fait suppose vrai, que l’on considere comme devant servir du motif de credibilite sur l’existence ou la non existence d’un autre fait”. (Traite, T. p. 16). Por tanto, la esencia del concepto científico de prueba consiste en el pasaje del hecho conocido al hecho desconocido. Es indiscutible la influencia que el benthamismo ha ejercido en la doctrina continental, por la afirmación de la concepción moderna de la prueba.

Nuestro Proyecto de Código Judicial —al igual que los recientes Códigos de Argentina, Brasil, Guatemala, Colombia, los Códigos de los Estados Mexicanos de Sonora, Morelos, Sinaloa y Zacatecas, el Proyecto Uruguayo, el de Venezuela, Ecuador, etc.— han acogido esas concepciones de Bentham. Quien lee las disposiciones del Proyecto sobre materia probatoria podrá advertir la presencia, siempre eficaz, de Bentham.

Los autores italianos —fuente de nuestro movimiento de reforma procesal— se refieren a Bentham con la más profunda admiración. Chiovenda, como hemos visto, destaca que más que nadie la oralidad le tiene una gran deuda al “gran jurista y filósofo inglés (quien) había escrito sobre la oralidad páginas inmortales, poniendo en claro su relación con la prueba”. (La Oralidad y la Prueba, pág. 322) y continuamente se refiere al “Gran Tratado”.

A su vez, anota un autor norteamericano, Robert Wyness Miller (A History of Continental Civil Procedure, Prolegomena, 1969): “Los servicios de Bentham a la causa de la reforma procesal no pueden ser sobrestimados”.

No existe procesalista Latino-Americano actual —Couture, Devis Echandía, Briseño Sierra, etc.— que, al referirse al problema de reformas judiciales —sobre todo, en cuanto al régimen probato-

rio— no recuerde, en una forma o en otra, las enseñanzas de Jeremías Bentham. Tomemos, en vía de ejemplo, el caso de Hernando Devis Echandía, el autor principal del Código Colombiano de 1970. En su obra "Tratado de las Pruebas Judiciales" menciona a Bentham 32 veces. A su vez, Couture —el precursor del movimiento de reforma procesal Latino-Americana— había escrito sobre BENTHAM:

"He escogido a Jeremías Bentham porque él es en mi concepto y a pesar del pasajero eclipse que en este momento está sufriendo, el filósofo del progreso jurídico" (Couture, Tres Poetas del Derecho: Bentham, Valery y Rodó).

Sentís Melendo, al referirse al Tratado de las Pruebas Judiciales, anota: "Es un libro de ayer y de hoy, de todos los tiempos. Redactado y compilado hace bastante más de un siglo, no puede dejar de estudiarse hoy". Más adelante se refiere a las coincidencias entre la exposición de Bentham y preceptos de Códigos procesales actuales.

Y continúa vigente el pensamiento de Bentham, y aplicable a nosotros, en el sentido de que menos perjuicios se puede ocasionar por una reforma sistemática que mediante una reforma parcial de las instituciones judiciales (Véase el Prólogo de John Stuart Mill al Rationale of Judicial Evidence), y cobra actualidad también su teoría sobre las ficciones —dentro del contexto del movimiento de reforma procesal— que incide en la función del Juez al momento de dictar sentencia. Aplicando la teoría de las "ficciones" a la función judicial, todo nombre, todo término jurídico, responde a algo y este algo es el interés que tutela la ley. Los términos y las normas se refieren a entes reales, corren el riesgo de convertirse en ficticios si se descuida ese hecho. Los entes ficticios son necesarios para "la conveniencia del discurso, pero la claridad requiere que la referencia a los hechos sea precisamente convocada". "Han sido lamentables la confusión y la oscuridad producida al tomar los nombres de entes ficticios como si se tratara de entes reales" ("Theory of Fictions"). Bentham aspira, mediante el principio utilitario, ser el gran disolvente de las ficciones. Las ficciones "nunca se han empleado sino para justificar algo que de otra manera sería injustificable".

Al estudiar la labor de Bentham y la actuación de los contemporáneos se reafirma esa experiencia de que quienes más han con-

tribuído a reformar las instituciones jurídicas son los teóricos y que, en general el abogado en ejercicio, inmerso en los usus fori, es quien más se aferra a las formas y estructuras establecidas. El primero fue el caso de Bentham, en que es de admirar, por lo demás, que a pesar de pertenecer a una época dada en un contexto dado —Bentham pertenecía a la burguesía inglesa triunfante del Siglo XIX— no sólo tuvo conciencia de sus injusticias, sino un valor moral para combatir las, y a Bentham correspondió socavar las bases del sistema judicial tradicional vigente entonces en Inglaterra y en Europa y todavía en Latino-América y además sentar las bases del movimiento de reforma judicial, que significa a lo menos una posibilidad en la solución de los problemas que aún suscita, en nuestro hemisferio, la administración de justicia. Por lo demás, a pesar de que Bentham se agitaba en un ambiente totalmente individualista, se preocupaba grandemente por el aspecto social, y fue muy explícito al declarar que la propiedad es una creación de la ley y que sin ley no existen derechos subjetivos y vivió acentuando el interés del proceso civil. Murió, como había vivido, con la pluma en la mano y criticando las instituciones judiciales arcaicas.

David Correa Cano

Estudios: Doctorado en Filosofía (C.E.T.), Facultad Nacional de Contaduría.

Administración de Empresas (M.A.), University of Victoria.

Escuela ODA, University of Manchester.

Profesor de Administración de Empresas, Facultad de Ciencias Económicas, U. de A.

Apartado 1070, Medellín.