

Jeremías Bentham y el Derecho Penal

JOSE SANCHEZ OSES
Secretario del Tribunal Supremo

Si la profusión normativa que en los tiempos presentes puede apreciarse en la mayoría de los países de civilización más arraigada, responde a la complejidad cada día más intensa de la vida, sin duda determinada, a su vez, por el incremento y difusión de los medios de comunicación y de los logros industrializados de las ciencias aplicadas; hemos de convenir en que recobra actualidad un pensamiento enunciado hace ya más de medio siglo, precisamente cuando estos dos últimos fenómenos comenzaban a ser advertidos: “En el terreno de las ciencias naturales sucede con frecuencia que un descubrimiento nuevo ilumina espléndidamente extensas regiones científicas...; pero no es este el caso —concluía el aludido pensamiento— cuando se trata de las ciencias morales”. (KITS: *Willensfreiheit und Strafgesetzbuchreform*, en “Jahresbericht des Gefängnisvereins”, 2.º semestre de 1903 y 1.º de 1904; páginas 27 y siguientes).

Y, en efecto, pese a ir cobrando antigüedad y, con ella, teniendo lugar numerosas y concienzudas observaciones, las ideas que se divulgaron a modo de grandes progresos del conocimiento jurídico, ninguna ha tenido en rigor esa unánime aceptación que, a despecho de sectarismos de cualquier clase, acaba por lograr todo lo evidente e, incluso, pese a cuanto se diga de contrario, ninguna de tales ideas ha pasado de la categoría de meras etapas, jalones o estratos —eso sí innegablemente consistentes como tales—, hacia la consecución tan anhelada de soluciones tangibles.

Verdad es que, concretamente en el ámbito de las ciencias penales, casi todo fue objeto de polémica y muy poco sometido al contraste de la realidad; y si esto tiene aplicación a los principios invocados respectivamente, o a los sistemas que se han venido propugnando a propósito de la catalogación de los delitos y elección de las penas o medidas de otra índole correspondientes, no menos puede referirse tal aserto a los métodos empleados para la formulación de las normas en que dichos principios y sistemas consiguieron verse acogidos, y sin que pueda oponerse a este último respecto la generalidad con que en

todos los países se ha propendido a refundir la legislación penal pues, a pesar de la tan tremolada "codificación", el método en cuestión no supo eludir su carácter formulario y, ya fuese por un equivocado concepto acerca de la iniciativa de las leyes, o por la sistematización "forzada" de los códigos, acaso por la oscuridad y ambigüedad de una y otros, y hasta quizá por esa mera fórmula final con que generalmente suele proceder la norma nueva a la derogación de otras anteriores; prácticamente estamos como en los tiempos en que más acuciante parecía la sistematización de los preceptos cuya razón de ser estriba en la represión de la delincuencia, sin que en muchos casos el inconveniente se atenúe por la desaparición de fueros o jurisdicciones, y menos aún por la coexistencia de leyes especiales, cuyo objeto principal es el que acabo de indicar.

Esta situación, a la que pocos países han podido sustraerse, y que naturalmente la segunda guerra mundial y sus consecuencias han hecho más acuciante por lo que a su solución atañe, es la misma que en alguna otra ocasión (1) ya me hizo considerar aspectos relativos a la "codificación", y ahora, sin pretender negar ni remotamente la oportunidad para reemprender la simplificación sistematizada de las leyes penales —empresa que alcanzó su culmen; pero que requiere renovaciones—, es la que me ha determinado, a título de mera divulgación histórica, a ofreceros en el presente artículo una síntesis, lo más cumplida posible, del método de formulación legislativa acabado de aludir tal como lo expuso uno de sus más acérrimos adalides: JEREMIAS BENTHAM, en sus célebres "Tratados", antaño no sólo conocido entres los "conspicuos", sino incluso muy "utilizado" en sus propios tiempos, cual ocurrió con nuestro Código penal de 1822, a propósito del cual la Comisión respectiva confesaba "ingenuamente que ha tomado muchas cosas del Código francés, así como de las obras de BENTHAM, de Filangieri, de Bexon, y de los demás que ha tenido a mano; pero suponerse como se hace en esta inculpación que el Código francés ha sido el modelo del proyecto que la Comisión ha presentado, me recuerda aquellas acusaciones que en otro tiempo se hacían, diciendo que nuestra Constitución había sido una copia de la francesa de 1791" (2).

Como de Bexon ya trataremos otro día y Filangieri ha sido objeto de otro artículo en el precedente número de nuestro ANUARIO, vamos a ocuparnos de BENTHAM, según os prometimos, comenzando por una breve reseña biográfica.

* * *

(1) "Valor del Código como sistema de ordenamiento penal": Comunicación al primer Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino Penal y Penitenciario. Madrid, mayo de 1952.

(2) Contestación del señor Calatrava a los informes emitidos al Proyecto (en "Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes extraordinarias de 1821", tres tomos, Imprenta Nacional, 1822: t. I, págs. 210 y 211; Sesión del 23 noviembre 1821).

Nació BENTHAM el 15 de febrero de 1748, en la calle Red Lion, distrito de Houndsditch, Londres, en cuya vecindad tanto su padre cual su abuelo ejercían la abogacía.

Su progenitor, hombre recio y saludable, con conocimientos, según su biógrafo Sir Thomas Erskine Holland, por lo menos someros, de griego, francés y de latín, fue casado con la hija de un comerciante de Andover, que se trasladó a vivir en una casa de campo de las cercanías de Reading, donde transcurrieron muchos días plácidos para el aún joven Jeremías.

Contaba este último tan sólo trece años de edad, cuando se le matriculó en el "Queen's College" de Oxford, donde al parecer se llegó a familiarizar plenamente con la Lógica de Sanderson, haciéndose Abogado en 1763, año en el que también ingresó en la famosa "Lincoln's Inn" (una de las cuatro importantes sociedades jurídicas inglesas a las que era preciso pertenecer para el ejercicio de la profesión citada). En el "Queen's Bench" pudo escuchar con éxtasis las decisiones de Lord Mansfield; arreglándoselas asimismo para asistir a las conferencias de Blackstone, en Oxford, si bien pronto advirtió los quiebros lógicos de las frases ampulosas del juez futuro.

Pese a su nativa inclinación a la Curia, en lo que debía ayudarle el ambiente de profesión familiar, BENTHAM pasaba mejor su tiempo dedicado a la realización de experiencias químicas y a teorizar acerca de presuntos abusos legislativos, en vez de dedicarse a leer, por ejemplo, los trabajos de Coke sobre Littleton y los "Reports" (3).

Los primeros frutos que se registran de los estudios e imaginación de BENTHAM son sus "Fragments on Government", que vieron la luz en 1776 y constituyen un ataque magistral contra los elogios tributados por Blackstone al régimen constitucional inglés; aunque se registraron opiniones en sentido de que procedían de Lord Mansfield, de Lord Camden o de Lord Ashburton; pero sin que estas últimas especies sean precisamente las más consistentes.

Lo cierto es que la publicación del trabajo referido tuvo un resultado importante para BENTHAM, toda vez que éste fue llamado, en 1781, por Lord Shelburne y, desde entonces, nuestro autor fue huésped asiduo de Bowood, donde pudo codearse con lo más florido de la sociedad inglesa.

En 1785 marchó BENTHAM, vía Italia y Constantinopla, a visitar a su hermano Samuel, ingeniero naval que, ostentando el grado de coronel, se hallaba prestando servicio en Rusia, siendo en este país donde Jeremías escribió su "Defence of Usury".

Al regresar a Inglaterra, vióse decepcionado en la esperanza que había venido albergando de participar en las tareas legislativas de su patria, y ello acaso debido sólo a un equívoco o indebida interpreta-

(3) En la segunda mitad del siglo xv escribió LITTLETON un monumental trabajo sobre la "Posesión", cuyos comentarios por COKE dieron a éste la inmortalidad. Los "Reports" son la Colección de Jurisprudencia.

ción de ciertas manifestaciones de Lord Landsdowne; pero que le decidieron a consagrarse a la más ardua tarea de inquirir y enseñar los principios sobre los que deberían descansar una legislación acertada, publicándose en 1789 sus "Principles of Morals and Legislation", de lo que, probablemente se derivaría la difusión que de modo rápido fue logrando su fama, hasta el punto de que en 1792 Francia le honraba otorgándole su ciudadanía, y siendo sus opiniones acogidas con el mayor respeto por parte de los legistas más reputados en América y en Europa, con los que hubo de mantener correspondencia asidua.

Más que ambición, constituyó para BENTHAM a modo de obsesión el que se le encomendase la preparación de un código para su país, llegando a ofrecerse a tal respecto a algunos gobiernos extranjeros. Durante un cuarto de siglo anduvo en negociaciones también para llevar a efecto su idea del "Panopticon", o sea, según sus propias palabras: un "Establecimiento para guardar a los reclusos con la mayor seguridad y economía posibles, realizando al propio tiempo su reforma moral, con métodos nuevos para asegurarse igualmente de su buen comportamiento y proveyendo a la subsistencia de los mismos tras su licenciamiento", o puesta en libertad.

Como quiera que tal proyecto, iniciado, llegara a abandonarse, fue retribuido BENTHAM por el mismo con 23.000 libras esterlinas, y, en el año 1823, inicia la publicación de la "Westminster Review" (4).

A los ochenta y cinco años de edad, concretamente el día 6 de junio de 1832, en su residencia paterna de Queen's Square Place, expiró JEREMÍAS BENTHAM y, cumpliendo sus deseos, sus despojos mortales fueron sometidos a disección y su esqueleto llevado al University College de Londres.

Aunque débil, por lo visto, en su juventud, fue fortaleciéndose su constitución al paso de los años, hasta el extremo que pudo enfrascarse de lleno en trabajos notoriamente sedentarios y conservar su temperamento lozano y jovial de la edad adulta hasta sus últimos días; si bien es verdad, por lo que a su meritorio trabajo respecta, que mucho le sirvió una considerable fortuna heredada de sus padres, de su familia paterna principalmente, que le permitió entregarse a sus estudios sin distraerle de ellos la precisión de lograr otro medio de vida, deparándole incluso la posibilidad de poderse valer de secretarios y amanuenses.

En cuanto a sus amistades, también pudo conservar un grupo de incondicionales y discípulos, como los Mill, los Austin y Bowering, con quienes discutía los problemas de turno que le atraían y que prácticamente dieron conformación a libros surgidos de una masa, frágosa, aunque relativamente ordenada, de minutas y borradores, éstos sí elaborados por el propio BENTHAM. Tal es el caso, por ejem-

(4) FREDERICK COPPLESTON, S. J.: *A History of Philosophy*, Londres, Burns and Oates, Ltd., 1966, vol. VIII, p. 6.

plo, de la *Rationale of Judicial Evidence* ("Explicación de las Pruebas"), que publicó John Stuart Mill (5), y del *Book of Fallacies*, de Bingham, aunque más arduos fueron todavía los esfuerzos de Dumont para dar nueva forma y luego traducir al francés las obras del filósofo británico.

La realidad desvirtúa la especie alguna vez lanzada en sentido de que BENTHAM era de temperamento arisco, aunque visionario; lo que, por otra parte, no se halla en pugna con que verdaderamente pudiera estimar que una perspectiva genérica de la sociedad implicaba una pérdida de tiempo, así como que le desagradaba la poesía en cuanto ésta implicase una ficción; pero nada de ello le impedía disfrutar intensamente de las tertulias, hasta el extremo de ser frecuente ofreciese banquetes con tal objeto, y que se deleitase con la música, con los panoramas campestres, procurando, desde luego, y con magnanimidad, la felicidad del prójimo.

Estos últimos aspectos de la personalidad de BENTHAM se han puesto de relieve gracias a las manifestaciones hechas por el ministro norteamericano Mr. Rusch, aunque se contraigan a una tarde pasada con aquél en el verano de 1818. Así se expresaba el aludido interlocutor: Si el carácter del señor BENTHAM es muy personal, también lo es el emplazamiento de su residencia, especie de avenida umbrosa que concluye en un pequeño, aunque limpio, patio. Aquí mismo se yergue la casa de BENTHAM..., cual oasis en el desierto y que tiene por nombre "La Ermita". El señor BENTHAM me recibió con la sencillez de un filósofo. Yo le hubiera atribuido setenta o más años. El interior de su casa se hallaba en el orden más perfecto. Los muebles parecían no haber sido movidos desde la época de sus padres, pues supe que pertenecían al patrimonio de aquéllos. Un cuarto de estar, una biblioteca y comedor, daban acceso a las habitaciones, en cada una de las cuales existía un piano, muestras abundantes de una de las aficiones del curioso propietario, como recreo fuera de sus horas literarias. Tratábase de una mansión peculiar al par que romántica... Las visitas, compañías, amistades o concurrencia, eran escasas, aunque selectas: Mr. Brougham, Sir Samuel Romilly, Mr. Mill, autor del conocidísimo trabajo acerca de la India; Monsieur Dumont, el culto ginebrino en tiempos asociado a Mirabeau, eran cuantos se hallaban sentados a la mesa. BENTHAM no hablaba mucho, mostrando una benevolencia en sus ademanes muy en consecuencia con la filantropía que le inspiraba su mente. Parecía estar tan sólo pendiente de la comida y satisfacción de sus invitados, y ello no al modo artificioso de Chesterfield o de Madame Genlis, sino por exteriorización de natural modo de ser. Aunque fuesen atrevidas algunas de las opiniones vertidas en sus trabajos, se mostraba abierto a las teorías de cualquier clase, incluso las que no contasen con la

(5) El padre de éste, JAMES, había publicado en 1812 la *Introductory View* de la misma obra, que saca a luz el hijo en 1827.

·aquiescencia de los circunstantes. Al intervenir en la conversación, empleaba un lenguaje sencillo que contrastaba con el de sus escritos más recientes, en los que un estilo complejo y el empleo de neologismos o de palabras de uso muy generalizado son más bien inconvenientes para las conjeturas formuladas por un genio profundo y original, si bien con los defectos inherentes a la soledad. Sin embargo, algunas de sus primeras producciones se distinguen por su estilo clásico y rotundo” (6).

BENTHAM, podemos anticipar ahora por cuenta propia, no fue el crítico destructivo que alguien pensaba: se limitó a buscar fundamentos sólidos para la moral y el Derecho; a edificar sobre aquéllos un conjunto armónico donde ni una sola piedra estuviese colocada sin sujeción a la lógica más estricta: “la mayor felicidad del mayor número”.

* * *

Los *Works*, o edición inglesa de las obras de BENTHAM, debida a Sir John Bowring, datan de los años 1838 a 1843, y abarcan: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *Principles of Penal Law*, ambas partes figurando en el volumen primero (7); *The Rationale of Reward* (o “Fundamentos de las Recompensas”), y *Leading Principles of a Constitutional Code, for any State* (8) (“Principios orientadores de un Código Constitucional para cualquier Estado”), objeto del volumen segundo estas otras dos partes o temas; *Manual of Political Economy* (9), en el tercer volumen; así como *A General View of a Complete Code of Laws* (“Panorama de un Código legal completo”), inserto en el propio volumen tercero, aparte de observaciones a determinados discursos del Secretario Peel en la Cámara de los Comunes (21 de marzo de 1825), otro modelo constitucional, cartas, etc. En resumen, la citada edición inglesa comprende once volúmenes en los que, sin embargo, falta la *Deontología*, que, sujeta a varias correcciones, también editó Bowring en 1834 separadamente, y, por supuesto, multitud de manuscritos inéditos que conservaba el ya citado University College de Londres. Por su parte, Creery editó, también en inglés, algún trabajo suelto como *Church of England and its Catechism* (Londres, 1818); *Draught of a New Plan for the Organisation of the Judicial establishment in France* (1790); *Papers relative to Codification and Public Instruction, including correspondence with the Russian Emperor and divers constituted Authorities in the American United States* (1817); *Plan of Parliamentary Reform* (1818).

Payne publica también en Londres, el año 1791, una edición del célebre *Panopticon: Containing a Plan of Management for a Peni-*

(6) RICHARD RUSCH: *Mi misión cerca de la Corte de Londres*, p. 286.

(7) Su aparición data de 1789.

(8) Publicados en 1823.

(9) Escrito en 1793.

tentiary House; Wilson, en 1819, un *Radical reform Bill with extract from the reason*; Hunter, un tomo titulado *Swear not at all* (“No jurar en modo alguno”), *Containing an exposure of the needlessness and mischievousness, as well as antichristianity of the Ceremony of an Oath* (1817); y Pickering: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1823).

Francia traduce a su idioma los Tratados de legislación Civil y Penal que había logrado compilar Esteban Dumont (ginebrino), valiéndose de los manuscritos que le había confiado el propio BENTHAM, publicándose esta obra en París por la Casa Bossange, Masson y Besson, el año 1802; y en la propia capital francesa la editorial Cosson publica en dos tomos, el año 1818, la *Teoría de las Penas y Recomendaciones*, igualmente debida a trabajo análogo de Dumont.

De una colección de las obras principales de BENTHAM editó también Dumont un ejemplar en Bruselas el año 1829, y otro más completo en la propia capital belga el año 1840; pero que no llega a la cantidad de trabajos que abarca la edición inglesa debida a Bowring, la cual data de diez años después de la muerte del autor.

Por lo que a nuestra patria respecta, el catedrático de Salamanca Toribio Núñez, autor también de un concienzudo proyecto de Instrucción pública, que suscribe el Informe (si es que no lo redacta incluso) de aquella Universidad sobre el “Proyecto de Código penal que han de discutir las Cortes extraordinarias de 1821” (10), publica, en suma, en la propia ciudad salmantina, su *Sistema de la Ciencia Social*, en cuya Introducción muestra tal entusiasmo por los empeños de reforma legislativa, o más bien del método de formular las leyes propugnado por BENTHAM, que da con razón motivo a que, muy posteriormente, puesto que aquella obra se publicó en 1820, don Luis Silvela pueda titular su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas con el epígrafe siguiente: “Bentham y su expositor español Toribio Núñez” (Madrid, 1894).

Y con cuanto precede, que he considerado obligado insertar pensando, sobre todo, en quienes de BENTHAM no conserven, como de sus trabajos, más que la idea culminante en él, y que, por ejemplo, Paul Hazard expresaba diciendo: “La felicidad y, con ella, la gestión de los negocios públicos, de la que aquélla depende en gran parte, y a la que, desde entonces (!), no se considerará como la prerrogativa de una minoría selecta. Todos tienen derecho a ser felices” (11); ha llegado el momento de proceder a la exposición de los criterios sustentados por el para nosotros “viejo Jeremías” a propósito de los “Principios del Código penal”, tema fundamental de este trabajo (12).

Ciñéndome a los extractos del inglés realizados por Esteban Du-

(10) Salamanca, 1.º de diciembre de 1821.

(11) *La Pensée européenne au XVIIIe. siècle: de Montesquieu à Lessing*, primera edición, París, 1946.

(12) El P. COPLESTON alude a edición total por R. DOANE, en 1841, y a la española de ANDUAGA Y ESPINOSA, Madrid, 1841 a 1843.

mont, y conforme a la edición segunda de la *Teoría de las Penas y Recompensas*, que se publicó en Londres y París en 1818 a cargo de Bossange y Masson, dividía BENTHAM su sistema penal en cinco libros, de los que, a su vez, el libro primero distribuye su contenido en once capítulos, los cuales versan, sucesivamente, sobre: “Definiciones y distinciones” de diversos conceptos jurídicos, y es así como en dicha parte de la obra encontramos efectivamente unas matizaciones y diferencias entre “el castigo”, cual acto por el que se inflige un mal al prójimo con un propósito directo, y en razón al nexo existente entre ese mal y algún acto al parecer realizado u omitido; y las “penas legales”, que, naturalmente, a tenor del principio de utilidad, se describen como “males infligidos”, ateniéndose a formas jurídicas, a las personas convictas de cualquier acto perjudicial, prohibido por la ley, y con objeto de *prevenir* hechos semejantes (págs. 2 y 8 del primer tomo).

Sigue el capítulo segundo con la “clasificación”, tanto de los *delitos*, que pueden ser contra la persona o la propiedad, la fama o reputación, o contra la condición, cualidad o estado; como de las *penas* que, con igual criterio, por cuanto no se puede castigar a un individuo más que en cualquiera de los indicados “atributos”, se distinguen en afflictivas (simples o compuestas), restrictivas, activas (o de trabajo) y capitales; si bien todas estas categorías se pueden resumir bajo la rúbrica de *penas corporales*, que, en unión de las que atañen al atributo “propiedad”, o sea, las privativas (también llamadas de “merma”), constituyen la división más simplista posible dentro del esquema punitivo esbozado por BENTHAM y configurado por su expositor ginebrino Dumont, algo propenso en esta parte de sus obras precisamente al confusionismo, a fuer de ser minucioso, ya que, por ejemplo, y tal como él interpretó los borradores que logró obtener del morador de “La Ermita”, una pena pecuniaria ostenta también los caracteres de “personal” y “privativa” (pág. 13 del volumen antes citado).

Los capítulos tercero y siguientes del primer libro tratan, respectivamente: del *objeto de las penas*, o sea, tanto de la “prevención”, bien particular, ya general, como de la “reparación” posible del daño causado; ocupándose asimismo del “gasto de las penas”, o sea, del criterio económico de pérdida o beneficio a conjugar con el daño que el delito penable implique, siendo ese último concepto elegido (a pesar de su impropiedad aparente), al rechazarse los de “rigor” o “suavidad” de las penas, y todo ello para concluir abogando por las “adecuadas”; o tratando de la “medida de las penas” a base de los principios siguientes: el mal del castigo habrá de rebasar el provecho del delito; cuando éste revele, además, habitualidad, la entidad de la pena tendrá que abarcar posibles hechos impunes análogos y anteriores del mismo agente; la pena ha de rebasar el provecho delictivo hasta compensar lo que a la misma falte de certeza o de oportunidad en su imposición.

Caso de concurrencia de delitos ha de aplicarse al más dañino una pena más severa, por aquello de que cuanto más perjudicial sea el delito, más grave ha de ser la pena, con vistas a la prevención anteriormente referida. No se ha de aplicar siempre la misma pena a delitos iguales, sino que deberán tenerse en cuenta las circunstancias que influyen en la “sensibilidad”.

A propósito de los caracteres o *requisitos de las penas*, éstas habrán de reunir los de “divisibilidad”, “acierto” o adecuación, ahora entendido este concepto en el sentido de “eficacia”; “graduación”, “congruencia” con el delito que se trata de sancionar, “ejemplaridad”, “economía” (concepto complejo este último por cuanto entraña las ideas de congruencia con la gravedad, la susceptibilidad de revocación caso de aconsejarlo ciertas circunstancias, la de aptitud para impedir al reo sucesiva perpetración), la de que revistan una tendencia moral e impliquen también la de resarcimiento; que sea sencilla su enunciación en el correspondiente precepto legislativo y que sean “populares”.

Se insiste también aquí en la “analogía” entre pena y delito como daño; se trata del “talión”, calificado de “impropio” por su carencia absoluta de flexibilidad; del eco popular que debe hallar el Código penal en lo atinente a la libertad, a la decencia, a la religión y al humanitarismo. Se diserta igualmente sobre las penas denominadas “impropias” por ausencia de fundamento o por ineficacia, su carácter supérfluo, y de las excesivamente costosas; del arbitrio judicial, propugnando al respecto BENTHAM una discrecionalidad sólo condicionada a que la resolución respectiva sea “fundada”, y sin perjuicio, naturalmente, de lo que al respecto venga dispuesto en el Código penal y en esas diversas modalidades que puede emplear el propio legislador para expresar su propósito a los tribunales.

Refiérese el libro segundo a las *penas corporales* y, en sus quince capítulos, se ocupa de las “aflictivas simples” como contrapuestas a las “permanentes” e interpretando el vocablo en exégesis estrictamente latinista: *aeग्रimonia cum vexatione corporis*; penas a las que BENTHAM atribuía como principal ventaja acaso su espectacularidad. De las “aflictivas compuestas”, caracterizadas por la mayor duración, permanencia incluso de sus efectos (es el caso de la mutilación y en algunos países de ciertas modalidades de inhabilitación). De las penas “restrictivas”, que, a su vez, pueden ser de índole *moral* (a modo de coacciones “legales”), o *física*, cual el confinamiento, el cual abarca desde la prisión al destierro.

Refiriéndose a la de prisión, la reputa pena eficaz por el impedimento material que causa para que pueda repetirse el daño, aunque también la considera “antieconómica” y poco equitativa. Explica esto último poniendo de relieve que dicha pena no es tan grave para los sujetos robustos aunque míseros, como para los valetudinarios opulentos, si bien ofrece en cambio la posibilidad de gradación; la considera también poco ejemplar aunque susceptible de causar intimidación.

ción ("por el siniestro aspecto de las prisiones"). Sobre este particular era también BENTHAM de los que opinaban que las prisiones eran escuelas de perversión, sobre todo para los que delinquen por vez primera, o "tentados" por la indignidad, o guiados de un mal ejemplo; pero no endurecidos todavía.

Censura ese sistema por el que los reclusos han de sufragar los gastos de mantenimiento penitenciario, toda vez que a su modo de ver es la colectividad entera la que se beneficia de la reclusión, por lo que abundaba en la tesis de que aquellos gastos habían también de ser con cargo a fondos públicos.

En el capítulo séptimo del propio libro segundo, prosigue BENTHAM con un *plan general de prisiones* que, según él, debían estar divididas en tres clases, atendiendo a los respectivos grados de severidad prescrita para el período de internamiento; y, en tal sentido habla de las propias para deudores insolventes, temerarios o pródigos; para los malhechores condenados a reclusión temporal; y para los que lo fueren a perpetuidad.

En el capítulo octavo del mismo libro se ocupa de las diferencias entre el confinamiento, la deportación y el extrañamiento. Las que denomina "penas activas", o trabajos forzados, constituyen el tema del capítulo décimo, también del segundo libro y, a tal propósito, establece un distinguo entre trabajos "públicos", que el jurista inglés reputa "poco recomendables" por cuanto, al habituar aquéllos, o al sumir más bien, en la situación o estado de "infamia", arraiga a los penados en el crimen. Por lo que a las labores sedentarias atañe, estimaba, por el contrario, que, con tal de que no fuesen tampoco excesivamente rudas o impropias a las facultades o condiciones del sujeto, entrañaban todas las ventajas que el trabajo reporta (13).

Después de un capítulo undécimo, dedicado a la "deportación" y en el que formula una serie de consideraciones deducidas de la situación de los "convictos" transportados a las Colonias americanas y a los establecimientos de "Botany-Bay" en Nueva Gales del Sur (Australia), se aborda en la obra la descripción, como sistema sustitutivo, del ya dos veces aludido "Panopticon", con más detalle expuesto en el volumen tercero de los "Tratados de Legislación" de nuestro autor: establecimiento carcelario celular, ya circular o en forma de polígono, con central de vigilancia.

Considerando la pena "capital", o de muerte, en la que también llega a apreciar una matización por el carácter "simple" o "aflictivo" que pueda revestir, según su ejecución se realice expeditivamente o prolongando los sufrimientos del reo (14); llega a la conclusión de

(13) En Inglaterra el régimen de "transportation" fue adoptado en 1597; contraído a Australia desde 1786 a 1867 (MITCHEL, JOHN: *Jail Journal*, Dublin, Corrigan, 1864, p. 264). Por lo que a Francia respecta, véase: D'HANSSONVILLE: *Les établissements pénitent, en France aux colonies*, p. 525 y ss.

(14) LEÓN RADZINOWICZ: *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, Londres, Stevens & Sons, Ltd., 1936; THORSTEN

que aquella es pena carente de atributo reparador, además de antieconómica, desigual y muy incierta en sus efectos preventivos, sumamente débiles estos, sobre todo tratándose de reos empedernidos; impopular, en suma, pues estima igualmente BENTHAM que tal impopularidad se manifiesta en una aversión hacia la denuncia que pueda culminar en la imposición de una pena de esa magnitud, aversión de la que lógicamente participan los testigos de cargo y concluye este tema opinando que, por el contrario, provoca más bien la misericordia hacia el reo (15).

Concluye el libro segundo con capítulo décimo-quinto, dedicado a las "*penas subsidiarias*", y en él se propugna que, a fin de que la efectividad de la Ley no quede en entredicho, especialmente cuando aquella impone sanciones que prescriben al individuo la realización de un acto, o una abstención, es preciso añadir la amenaza de una pena secundaria atemperada a las reglas siguientes: no ha de ser superior, ni tampoco inferior, en relación con la primordial a la que reemplaza; si la inaplicación de ésta obedece a la voluntad del reo, entonces ha de ser la supletoria de entidad superior, no debiendo ser este incremento excesivo si el caso es de los en que no ha podido acreditarse si el incumplimiento de la pena originariamente procedente responde a imposibilidad o a causas extrañas a la voluntad del reo.

Por el contrario, la pena supletoria ha de ser más severa cuando al delincuente resulte más fácil sustraerse a la primera con impunidad para el mismo. Repútase la prisión como la pena más indicada en concepto de supletoria cuando la principal o directa estriba en sanción pecuniaria, ofreciendo al respecto nuestro autor un sistema de cómputo para la determinación del período de privación de libertad, en defecto de la multa, por no haberse satisfecho la misma; sistema que, en principio, responde al razonamiento consistente en que, siendo más considerable los gastos habituales de un individuo de posición elevada, mayor ha de ser la parte de "deuda" a satisfacer en un plazo determinado de prisión (16).

El libro tercero se consagra a las penas denominadas "*privativas*", cuyas modalidades sustancialmente estriban en pérdidas, confiscaciones y destituciones o inhabilitaciones.

Partiendo de la clasificación de la propiedad en "sustancial" o "incorpórea", dentro de cuya última clase se incluyen las dignidades y los oficios y derechos; comprendiendo dentro de la primera categoría, es decir, de las "corpóreas", los bienes pecuniarios o "casi-

SELLIN: *The Philadelphia Gibbet-Iron*, en "Journ. Crim. Law, Criminology and Police Science", Chicago, 1955, núm. 1, p. 633 ss.

(15) JAMES B. CHRISTOPH: *Capital Punishment and British Politics*, Allen and Unwin, Ltd., Londres, 1962.

(16) Este criterio lo ha sabido interpretar con gran sentido práctico el reciente Código Penal de Suecia. Ver IVAR STRAHL: *Code pénal Suédois*, Stockholm, 1965, p. 13 y 75. Dicho Código adopta un sistema que elude la modificación legislativa basada en las alteraciones que puedan experimentar los valores monetarios.

pecuniarios” y teniendo en cuenta que todos esos bienes o “facultades” o “posibles”, pueden también agruparse bajo la rúbrica de “condiciones” o “atributos”, vuelve a dividirlos conforme al criterio de la “índole” natural o adquirida a que puedan corresponder, admitiendo que si los del primer orden, como los lazos de familia, no pueden perderse, sí en cambio los derechos que de tales lazos dimanar. Por otra parte, las condiciones o atributos adquiridos pueden ser “políticos” o “religiosos”; los políticos a su vez “domésticos” o “civiles”, y concluye afirmando, en suma, que a cada una de dichas condiciones corresponde una modalidad particular de decaimiento, merma o inhabilitación.

Hay también para BENTHAM, además de todas esas condiciones “comunes”, otras de carácter *especial*, integradas por grupos formados en razón a la profesión u oficio respectivos, o por privilegios de clase, cuerpo o corporación.

En los capítulos que siguen de este mismo libro tercero, se trata de las penas que acarreen sanción moral, caracterizadas por su “indeterminación” (desprecio, censura, deshonor, vergüenza, ignominia, repulsa, etc.); haciéndose lo propio de las que versan sobre el honor en concreto y que van desde la represión a la infamia. Estas a modo de capitulaciones pueden irrogarse mediante la publicación del delito, la advertencia judicial o por el método especial, incluso para la aplicación de penas de otra índole que llevan aparejada ignominia indudablemente. Otro tanto ocurre con la “degradación” y la pérdida del “prestigio” en general.

Se indica asimismo en la obra que nos ocupa la conveniencia de que el legislador trate de reformar ciertos criterios impropios de la *opinión pública*, poniendo como ejemplos la indiferencia de las gentes hacia los actos de contrabando o el menosprecio del público para los delatores, a los que se considera como “colaboradores” de la justicia.

Trátase del distinguo de las penas propiamente pecuniarias con relación a las que consisten en la mengua o privación incluso de bienes que, sin ser dinero, son de índole comercial o susceptibles de intercambio por metales amonedados (“cuasi-pecuniarias”).

Entre las privaciones de bienes “afectivos” o “espirituales” (para BENTHAM los que afectan a la condición o estado de las personas), se examinan: la pérdida de la patria potestad, de la autoridad marital, sin distinguir al respecto en cómo fueron adquiridas tales situaciones; las inhabilitaciones en sentido estricto, la privación de derechos de ciudadanía o políticos; la “Outlawry” (17) inglesa.

(17) Esta sanción o pronunciamiento de “Outlawry” (“fuera del amparo legal”), tan popularizada a partir de la guerra de secesión norteamericana, procede de la conocida declaración romana de “sacer”, y acarrea la incapacidad de impetrar justicia, la privación de derechos personales, del de pedir los frutos de los bienes materiales, y la reclusión perpetua. HUMBERT: *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes* (en “Rev. crit.”, 1957, p. 79).

Con el calificativo de “desplazadas” o “exorbitantes” se epigrafió el libro (el cuarto) que trata de las penas que rebasan o trascienden a personas distintas del culpable o responsable al que se imponen; pero en ello se establece también un distingo entre los casos en que la responsabilidad se exige a quienes no son los autores del delito penado (caso de la responsabilidad de padres, tutores, amos o encargados), y los en que el mal de la pena alcanza a personas completamente inocentes, aunque en ello no haya el menor propósito por parte del legislador. Es el supuesto de los males que denomina “inevitables”: sanciones pecuniarias que afectan a la economía familiar, penas infamantes que acarrearán también el menosprecio para los hijos del culpable.

Al lado de estos conceptos, se considera el de las penas denominadas “substitutorias”, de las que pone como ejemplos: en el orden político interno, la confiscación de los bienes del suicida y, en el internacional, las represalias. Igualmente se citan los supuestos de “penas colectivas” de las que ofrece muestra el propio Derecho inglés con la pérdida o detrimento experimentados por una “Corporation” a consecuencia de faltas de sus administradores; pena esta que BENTHAM califica de innecesaria e inconveniente, por la sola razón de que los culpables son, o pueden ser, identificados y, por tanto, individualizada la sanción; bien es verdad que con ello se desatiende el también posible aspecto de que sea la propia entidad la que se haya beneficiado del hecho delictivo, y sin que pueda invocarse de adverso la imposibilidad de hacer efectiva la sanción, como revela el Derecho de Sociedades (18).

Finalmente, el libro quinto y último de esta obra de BENTHAM se contrae, en su parte primera, a las llamadas “penas complejas”, entre las que aquél incluía diversas inhabilitaciones especiales; mientras que, en la segunda parte, examina con perspectiva crítico-etimológica dos conceptos jurídico-penales británicos: los delitos denominados “felones”, y el “benefit of clergy”, definitivamente abolido en 1827, según puede verse, así como su influjo en ciertas formulaciones de “common law”, en la obra fundamental de Stephen: “History of Criminal Law”, volumen 3.º, página 78 (19).

* * *

En sus “Tratados de legislación”, y ateniéndome por supuesto a la de orden penal, he de comenzar recordando se trata de la misma en la segunda mitad del tomo segundo y en los comienzos del tercero; si bien, por lo que a la división de los delitos respecta, se hace obli-

(18) KENNETH SMITH y DENIS J. KEENAN: *Company Law*, Londres, Pitman & Sons, Ltd., 1966.

(19) En este mismo *Anuario*, 1948, núm. 2, p. 259 y ss., puede encontrarse la explicación de la terminología peculiar de las instituciones penales inglesas, en el artículo titulado “Criminal Justice Act, 1948”.

gada la remisión también a las páginas 172 y siguientes del primer tomo (20).

Bajo el título de “Principios del Código Penal” se agrupan cuatro partes, divididas a su vez en capítulos: catorce la parte primera, dieciocho la siguiente; diez la tercera, y veintidós la cuarta.

La parte primera se ocupa de los delitos, y tiene por objeto “dar a conocerlos, clasificarlos y descubrir las circunstancias que los agravan o atenúan. Es el tratado de las enfermedades (sic), que ha de preceder al de los remedios”.

Tildase por BENTHAM de “vulgar, incompleta y propicia al equívoco” la nomenclatura hasta entonces empleada en las legislaciones penales: ¿Qué es un delito? La respuesta depende del aspecto que se contemple. ¿Se trata de un sistema legal en vigor? Entonces será delito todo lo que ha prohibido el legislador. ¿Es acaso una encuesta para dar con las leyes mejores conforme al *Principio de la Utilidad*? En este supuesto será delito “cualquier acto que se considere ha de ser prohibido en cuanto determinante de algún mal, o incluso *propicio* a causarlo”. Esta es la única acepción del vocablo “delito” para BENTHAM.

En sus “Tratados de Legislación”, se clasifican los delitos, en atención al bienestar individual a que atentan, en *privados*, cuando perjudican a determinado sujeto; en “reflexivos”, que sólo dañan al mismo agente y, de hacerlo también a otros, es como mera y natural consecuencia del daño infligido a sí mismo; “semi-públicos” si afectan a una parte de la comunidad (entidad, asociación, gremio) inferior en ámbito al del Estado; pero, en todo caso, el mal que causen ha de ser “futuro”, no a persona o sujeto actualmente determinable.

Delitos “públicos” son los que irrogan un peligro común a todos los miembros del Estado.

En esta clasificación, que el propio autor califica de “ideal” (21), se adoptan las siguientes subdivisiones: los delitos *privados* pueden serlo contra la persona, la propiedad, la reputación, la condición o estado o cualidad (padre, hijo, consortes, patrón, dependiente, ciudadano o magistrado, etc.).

Advierte BENTHAM que los delitos que causan daño en varios de los aspectos citados son susceptibles de designación compuesta: “contra la persona y la propiedad, etc.”. Considera que los delitos “reflexivos” son más bien vicios o imprudencias, dando a entender que la especificación de los mismos sería más bien para sugerir al legislador que actos tales son de los menos indicados a ingresar en la esfera de su competencia.

Los “semi-públicos” estriban sobre todo en la vulneración de leyes protectoras frente a casos de calamidades públicas (enfermedades contagiosas), o de obras del indicado carácter, como ciques y carre-

(20) *Traité de législation civile et pénale*, París, Bossange, Masson et Besson, año X, 1802.

(21) *Traité*s, citados precedentemente, t. III, p. 241, nota.

teras; o preventivas de carestías o penurias; pudiendo consistir también en delitos contra un grupo determinado, de modalidad calumniosa o difamatoria para el honor de un cuerpo, o injuriosos para cualquier objeto de la Religión; en el robo perpetrado contra una entidad; la destrucción de ornamentos de una ciudad. Ambas subdivisiones se fundan en la *calamidad* producida, o en la simple *malicia*.

A los delitos “públicos” se adscriben naturalmente los que atentan a la seguridad exterior, o van contra la Administración de justicia o la Policía, destacando BENTHAM en esta última Institución su carácter eminentemente “preventivo”, no sólo de delitos, sino también de calamidades, asignándole consecuentemente la misión previsora de males y el proveer a las necesidades (22).

Siguen los delitos contra las fuerzas armadas o Ejército: los que atentan al Erario público: disminución de la renta nacional, malversación o distracción de caudales públicos; delitos “contra la población” son en el criterio de BENTHAM los que “tienden a *disminuir* el número de los miembros de una comunidad política”; los atentatorios a la “riqueza nacional” son los que disminuyen la cantidad o valor de las cosas que integran “la propiedad individual de los miembros de la comunidad”. El delito contra la “Soberanía”, es de problemática definición para nuestro autor, por cuanto se trata de determinar o precisar más bien dónde radica dicho poder supremo (23); pero, en definitiva, ahora se trata de los delitos que tienden a la desobediencia o a desvirtuar las funciones del soberano, “lo que no puede ocurrir —añade BENTHAM— sin afectar de igual modo a la actuación del resto del gobierno”.

Respecto a los delitos contra la Religión, al atribuirle la misión de conservar y fortalecer entre los humanos el temor hacia el Juez Supremo, BENTHAM llega a la conclusión de que “disminuir o pervertir en igual proporción los beneficios que de tales sentimientos obtiene el Estado con vistas a reprimir el delito y promover la virtud”, es en lo que estriban dichos últimos delitos: caracterizados por contrariar o enajenar los efectos de tal “potencia”.

Un capítulo tercero de esta primera parte habla de los delitos “complejos” por oposición a los “simples”; de los “principales” y “accesorios”, que se dan para BENTHAM, por ejemplo, en el caso de “monederos falsos”, en los que realizan la falsificación, revistiendo el carácter de principal el hecho perpetrado por el que entrega en pago moneda de tal procedencia. Registra también los delitos “positivos” y “negativos”, que se corresponden con los de “acción” y “omisión”, respectivamente.

En el capítulo siguiente trata de la “alarma general” como “mal de segundo orden”; es de mayor o menor proporción según la mag-

(22) En la terminología británica, “Policy” no sólo tiene por acepción la nuestra de “Policía”, sino también la de “medidas administrativas o de buen gobierno en cualquier ramo”.

(23) N. PÉREZ SERRANO: *El concepto clásico de Soberanía*, Madrid, 1933.

itud del mal fundamental o de “primer orden” (del que se ocupa seguidamente), según la buena fe del delincuente en el caso en cuestión, la situación que le ha proporcionado la ocasión de perpetrar el hecho, su motivación, la facilidad o dificultad de su frustración, o de ocultarlo o sustraerse a la pena; la cualidad que el delincuente ha revelado al realizar el hecho, la condición del perjudicado, que hará que los de situación análoga puedan o no experimentar la sensación del temor.

Reputaba BENTHAM que en el examen de las circunstancias precedentemente enunciadas se encontraba la solución de los problemas más interesantes de la Jurisprudencia penal.

Para ponderar el “mal de primer orden” (objeto del capítulo quinto), sugiere aquél las siguientes normas: el mal de un delito complejo será mayor que el de los delitos simples en que pueda descomponerse el primero; el perjurio determinante de la condena de un inocente es causa de mal mayor que el que provoca la absolución de un reo del propio delito; el mal de un delito “semi-público” o “público” que se propaga será mayor que el “privado” de la propia nomenclatura: de ahí la razón de que la tendencia a propagarse haga del incendio o de la inundación hechos calamitosos. Por el contrario, el mal de un delito semi-público o público que, en vez de multiplicarse, se divide o disgrega, es menor que el del delito privado de la misma denominación. Los delitos contra la propiedad son los únicos apreciados como susceptibles de tal “reparto”. El mal total de un delito es mayor si acarrea un mal consecuente sobre el propio sujeto (si por causa de una reclusión o de una herida, fracasa un empleo o un matrimonio o un asunto lucrativo, es evidente que estas “pérdidas” incrementan la entidad del mal primitivo); cual si, a causa de una torpeza del sujeto, su esposa o sus hijos llegan a carecer de lo preciso, se produce también el incremento de la entidad citada.

Además de las pautas precedentemente resumidas, ofrece BENTHAM una lista “completa” de las “agravantes”, es decir, de las “circunstancias particulares que incrementan el que llama mal de primer orden”: aumento de la pena física o dolor de la propia índole; del terror; del oprobio; la irreparabilidad del daño; los “sufrimientos agravados” (reveladores de una sensibilidad extraordinaria por parte del perjudicado).

El “mal de *segundo* orden” no es más que “el reflejo del mal de primer orden” impreso en la imaginación particular.

A propósito de la *mala fe*, objeto del capítulo sexto, nos explica la obra de BENTHAM que, así como quien ha cometido el mal con *intención y conocimiento* es reputado por perverso y *peligroso*; el que, al contrario, lo ha hecho sin intención, o sin conocimiento, todo el *temor* que puede inspirar no ha de ser más que el dimanante de su ignorancia o falta de advertencia. Por lo que atañe al entendimiento, puede hallarse a estos efectos en cualquiera de los tres estados o situaciones siguientes: “Conocimiento”, “Ignorancia”, “Falsa opinión”,

ejemplarizados por BENTHAM en el caso del veneno: se ha podido saber que es tal una bebida determinada, o bien ignorarlo; se ha podido creer que sólo causaría un daño leve, o que, en ciertos casos, constituiría una medicina. Con cuanto precede, como “preliminares” para caracterizar la mala fe, pasa BENTHAM, en los siete capítulos sucesivos, a examinar las distintas circunstancias que a su juicio pueden influir sobre la “alarma” que el delito produce.

En tal sentido trata de la situación del delincuente, parangonando los casos del ratero con el supuesto de peculado; la extorsión con el bandolerismo; los casos de seducción y adulterio, generalmente no posibles tratándose de mujeres recién conocidas; de los homicidios para lograr una herencia, con los que se producen en actos vandálicos. Empero observa BENTHAM que, no obstante lo anterior, aun en los casos de alarma menor, ésta será más reducida en razón directa a la escasez de individuos en la misma situación, tratándose de quebrantamientos de depósito, abusos de confianza o exceso de atribuciones públicas o privadas; y, por el propio argumento, si el reo ocupa una posición preeminente la inquietud, o alarma general, pueden llegar a su máxima expresión, aunque, añade, también es cierto que tales nocivos efectos pueden hacerse cesar de un golpe mediante la simple destitución.

La debilidad oprimida, el peligro o debilidad agravados, falta de respeto hacia los superiores, crueldades innecesarias, la premeditación, la conspiración, la falsedad y el abuso de confianza, son circunstancias que, según concurren por parte de la víctima o del delincuente, deben tenerse en cuenta como “agravantes” de la alarma.

Por el contrario, son “atenuantes” la ausencia de mala fe, la propia conservación o de quien nos es querido, existencia de provocación (a cuyo respeto propone BENTHAM como línea de demarcación entre la natural reacción y la premeditación, que no haya pasado o, por el contrario, haya transcurrido una noche: pág. 277 del tomo II); excederse en la defensa el contrario; sometimiento a las amenazas o la autoridad; embriaguez, siempre que no sepa el sujeto que la misma le hace peligroso, y el estado de “infancia”, que no debe rebasar la fase de madurez que le permite salir de la tutela. concretamente, no la mayoría romana de los veinticinco años, sino la inglesa, de veintuno, puesto que —dice al respecto BENTHAM— aun antes de esta edad “ya había conquistado Pompeyo las Provincias, y defendido Plinio el Joven ante la Curia los intereses de sus conciudadanos”.

Tratando de casos en que la “alarma” según él es “nula”, habla también BENTHAM del INFANTICIDIO (concepto que parece circunscribir al del recién nacido) y, aunque poco propicio a que tal clase de hechos sean castigados con la sanción de “delitos principales” (en razón a la susodicha carencia de alarma en sus efectos), concluye, sin embargo, este aspecto abogando por su castigo, *en lui attachant quelque flétissure* (asignándole algún oprobio) (24).

Tras un capítulo decimotercero, en el que considera casos en que

la proporción entre la alarma y el peligro no es exacta; casos de delitos mixtos que entrañan un mal particular y un peligro peculiar a su carácter de delitos también públicos; capítulo éste en que muestra su preocupación por evitar casos que la Historia registra, en los que fue hasta peligroso prestar servicio a la justicia (se refiere a casos, por ejemplo, de la venganza dirigida hacia testigos que depusieron contra malhechores, en los que, naturalmente, la "alarma" es débil, ya que depende la exposición de la voluntad del interesado; más con el consiguiente aumento del peligro); concluye la parte primera con los *Medios de Justificación*: consentimiento, repulsa de mal mayor, práctica médica, defensa propia y autoridades política y paterna.

Sobre esto último, por recobrar actualidad, permítasenos detenernos en dos puntos brevemente:

En cuanto al CONSENTIMIENTO de la víctima: que no pasa por alto que es el propio BENTHAM quien, pese a llegar a decir que *le consentement ôte l'injure*, por cuanto nadie es mejor juez de su propio interés que uno mismo; concluye "admitiendo varias excepciones a la regla: que no haya constreñimiento ilícito, fraude, insinuación ilícita, consentimiento caduco o revocado, demencia, embriaguez, menor edad".

Respecto a la POTESTAD POLITICA Y LA PATERNA, que es impropia la equiparación de ambas. Precisamente en la época de BENTHAM se reconocen las máximas garantías para los individuos frente a los poderes públicos y, por tal fundamento, las resoluciones judiciales se ven mediatizados por la concurrencia del jurado, en un sentido, y por la posibilidad de recursos en otro. ¿Se concedía, en cambio, trato análogo para el poder paterno, omnímodo como en los tiempos de Roma, exento de publicidad por aquello del respeto al domicilio?

En la parte segunda, que trata de los "remedios políticos contra el mal de los delitos", con un criterio analógico se enuncian en una introducción o capítulo primero, como tales remedios, los "preventivos", los "supresivos" (frustrativos más bien, dada la idea del autor), los "satisfactorios" (reparaciones e indemnizaciones), y los propiamente penales, que tienen por objeto la prevención, incluso cuando una víctima ha sido compensada, por el propio autor o por otra persona.

Para lograrlo, ve dos procedimientos BENTHAM: "corregir la voluntad" y "suprimir la posibilidad de hacer daño". Añade que se influye sobre la voluntad mediante el temor; y que el perjuicio se evita mediante un acto físico. Suprimir la voluntad nociva del delincuente, es reformarle; impedirle el daño, es incapacitarle. Un remedio que actúe mediante el temor se denomina "pena". Mas, el mismo inquiere: "¿Tiene este último o no aptitud para incapacitar?" Estima que la respuesta depende de la índole de la pena que se elija. Esta parte trata de los remedios "*preventivos directos*", entre los que

figura la “amonestación” (de carácter “paternal”); la “conminación”, que ya va acompañada de amenaza legal “que intimida mediante un lenguaje severo del Magistrado”; la “promesa de abstenerse de acudir a sitio determinado”, método que recomienda particularmente para las pendencias personales y los manejos sediciosos; la “proscripción” o “destierro”; “caución” mediante fiadores que se obligan al pago de una multa caso de quebrantarse la medida precedente; el establecimiento o asignación de “guardia” que proteja las personas o cosas amenazadas; “secuestro” de armas o instrumentos para perpetrar delito.

En los capítulos sucesivos de esta segunda parte se trata de los “Delitos crónicos” (“*ex actu continuo*”); de los “remedios supresivos” para los mismos; de los medios particulares para prevenir o suprimir la detención o deportación ilegales; de la llamada “Ley marcial”, a cuyo respecto propugnaba la sustitución de la arenga previa, o intimación a los sublevados o sediciosos, un mero toque de atención y que, el que por fin se dirija a los amotinados, lo haga en nombre de la justicia en vez de invocar el del soberano.

Se ocupa seguidamente de la “restitución”, de su naturaleza y fundamento. De sus clases: pecuniaria, en especie, mediante testimonio o manifestación (para rectificar determinados extremos en aras a la veracidad); “honoraria” (para restablecer la honra que el delito haya podido mermar); “vindicativa” (para desagrar, mediante el placer de la venganza, al perjudicado); y “sustitutoria” (equivalente a la responsabilidad civil subsidiaria).

El capítulo noveno trata de la cantidad de la restitución, ateniéndose a las repercusiones del mal delictivo y, caso de duda, inclinándose en pro del que padeció la ofensa; y se prosigue con la “seguridad de la restitución”, que no se extinguirá, como obligación, por la muerte del culpable; cuantía de tal medida, con propuesta de que entre los delinquentes se distribuya su importe en proporción a sus fortunas respectivas, salvo que exijan lo contrario los diversos grados del delito; pero teniendo siempre en cuenta la iniquidad que implicaría la imposición de cuantías iguales a sujetos de diversas posibilidades económicas.

Después del examen detallado de la restitución en especie, y de la adverbatoria, y que se reputa de gran idoneidad para los casos de haber difundido especies terroríficas a sujetos crédulos, o en los delitos contra la reputación, sin olvidar la suplantación y el plagio; las adquisiciones fraudulentas difundiendo especies equívocas que fomentan el agio o influyen sobre la cotización artificiosa de acciones negociables; perturbaciones del estado civil legítimamente adquirido y, tras, un detenido estudio de las “restituciones honorarias”, con especial consideración del duelo, aboca la obra en el capítulo décimoquinto, dedicado a los “remedios para los delitos contra el honor” (ultrajes verbales, ofensas corporales, amenazas insultantes) que exigen la correspondencia de penas que impliquen satisfacción al ofendido como

la simple amonestación, el ponerse arrodillado ante el mismo el culpable, palabras de humillación, atuendos alusivos, máscaras de la propia clase (“con cabeza de sierpe para los casos de mala fe y de loro para los de temeridad”; páginas 352 y siguientes del tomo 2.^o); con vocatoria de los testigos del agravio para que lo sean amisimo de la reparación; asistencia a la ejecución del fallo de las personas cuya estimación afecta al reo; publicidad de la sentencia mediante selección del lugar en que se publique atendiendo a la concurrencia, o por impresos, carteles, etc.

El extrañamiento, de duración más o menos larga, del lugar donde radica la parte perjudicada o sus amistades. Caso de insultos proferridos en lugares públicos, como iglesias, mercados, teatros, prohibición de acceso a tales sitios. Si se trata de atentado corporal, régimen del tali6n, a imponer por el verdugo, o por una mujer si se trata de víctima del propio sexo.

Tendía BENTHAM a justificar estos métodos, que califica de “nuevos” basado, por una parte, en la insuficiencia mostrada por los sistemas precedentes y, de otro lado, por entender que los que él proponía “se hallan más adaptados a su fin y encaminados, por su analogía, a revertir sobre el culpable insolente el menosprecio que infligió al inocente ofendido”. Llega BENTHAM a afirmar que, de haber establecido los legisladores el sistema reparador por él esbozado, se hubiese evitado incluso llegase a surgir el duelo.

Concluida la segunda parte con sendos capítulos dedicados a la restitución “vindicativa”, a la “fiduciaria” y a la “subsidiaria, a cargo del Tesoro Público (caps. XVI a XVIII); la parte tercera se consagra a las “penas” en su diez capítulos, glosando los conceptos de las penas inadecuadas. la proporcionalidad en las de toda clase; ocupándose de la prescripción de las mismas, de los fiadores personales garantes de la conducta del sospechoso hasta el punto de que, si llegare el último a incidir en delito, sufrirían aquéllos, en su defecto, la pena impuesta al mismo.

Trata también esta tercera parte de la “selección” de las penas, de su división, justificando la variedad de las que se proponen y, después del capítulo noveno, relativo a algunas en uso entonces, como la flagelación (cuya “intensidad depende del que las aplica y son por ello propensas a la corrupción), o las que dejan señales “indelebles”, entre las que consigna no sólo la pena de “marca”, sino también las “mutilaciones” todas las que dejan “estigmas” en suma, y de las que opinan que ac6olecen de dos inconvenientes: ser dispendiosas si el Estado pecha con la carga de los así mutilados, induciendo en otro caso a la desesperación del penado; aparte la iniquidad de confundir al criminal con la víctima de cualquier accidente, incluso en defensa de la patria. ¡“Nada de penas infamantes!” —añade—, sean o no indelebles”, por cuanto descartan toda regeneración posible.

Cierra dicha tercera parte un capítulo acerca de la prerrogativa de “indulto”, que se halla en pugna, para BENTHAM, con aquel principio

suyo de reforzamiento de la certidumbre del cumplimiento de las penas, a fin de que las mismas no pierdan la virtualidad, que es una de las razones de que vengan legalmente dispuestas (pg. 432 del t. 2.º).

El sentir de nuestro autor a tal respecto se resume en el propuesta de que “se hagan leyes buenas”, sin crear al paso una especie de “varita mágica” (“baguette”) con aptitud para dejarlas sin efecto. Si la pena es necesaria, no se debe reducir siquiera; de no serlo, mejor no establecerla” (pág. 434).

Finalmente, a través de los veintidós capítulos integrantes de la parte cuarta de sus Tratados de Legislación, BENTHAM sugiere métodos *indirectos* para prevenir los delitos: anulando el poder o aptitud física de hacer daño (a cuyo efecto distinguía entre el poder “interior”, el que depende de las facultades del individuo, “del que apenas es posible privar a ningún humano anticipadamente”; y el poder “externo”, el que se halla a expensas de personas y cosas exteriores con relación a aquel, y de las que se precisa para poder obrar); impidiendo la adquisición de conocimientos de los que pueda hacerse un uso nocivo; previniendo el propósito o voluntad de delinquir; desviando los deseos peligrosos y orientando la imaginación hacia las distracciones más conformes con el interés público; actuando de modo tal que un deseo determinado pueda satisfacerse sin perjuicio, o con el menor posible; evitar se proporcionen estímulos al delito; aumentando la responsabilidad a medida que las personas se acercan más a la tentación de perjudicar; disminuyendo la “sensibilidad” a dicha tentación, poniendo por ejemplo a este respecto los casos de retribución proporcionada a las dignidades conferidas y otros similares (25); por medio del fortalecimiento de la impresión que produzcan las penas en la imaginación; facilitando el conocimiento del cuerpo del delito; brindando interés a quienes contribuyan en la prevención delictiva; intensificando los medios de reconocer y dar con los delinquentes; o las dificultades de evadirse; reducir la incertidumbre de los procedimientos y de las penas; prohibir aquellos actos, indiferentes en sí, pero que, con otros, determinan la realización de hechos delictivos; fomento de la benevolencia; empleo del recurso del honor, o sea, de la sanción “popular”; hacer lo propio con el estímulo religioso, considerado —prosigue BENTHAM— “únicamente en relación con el bien de la sociedad política” (26).

“La mejor manera de instruir estriba simplemente en publicar los hechos; mas, a veces, conviene ayudar al público a que forme su opinión sobre tales hechos... La experiencia ha demostrado que, contra lo que era de esperar, las publicaciones oficiales (“papiers publics”) son unos de los mejores medios de dirigir la opinión... En ellos, la instrucción puede descender del gobierno al pueblo, o viceversa; ...para comprender toda su utilidad, remontémonos a los tiempos en que tales medios no existían, y podremos considerar las imposturas ... que-

(25) MILLOT, ABBÉ: *Histoire de France*, t. I, reinado de Enrique I.

(26) Página 134 del t. III de los *Traitées*, París, Bossange, etc., 1802.

lograron prevalecer donde el pueblo era analfabeto... La principal instrucción debe contraerse al conocimiento de las leyes... El legislador podrá influir sobre la opinión pública mandando componer un cuerpo de Moral política, análogo a los legales y distribuido en igual forma... Las cuestiones más delicadas atinentes a cada profesión podrán ser esclarecidas. No será preciso limitarse a lecciones áridas: mezclando trozos históricos bien escogidos, se obtendrá un manual ameno para las personas de cualquier edad... La composición de tales Códigos equivaldrá, por así decir, a dictar, a exponer las apreciaciones que debe formar la pública opinión sobre las diversas cuestiones de política y de moral. Con método análogo se podrá añadir a tales Códigos, una colección de prejuicios populares, con las consideraciones que les puedan servir de antídoto..." (págs. 148 a 152).

Con lo precedente, más unos capítulos relativos al "provecho que puede sacarse de la solución", a las "precauciones generales contra el abuso de autoridad", y a las "medidas que deben adoptarse para restringir los efectos del delito ya perpetrado", concluye la exposición de los referidos "métodos indirectos" para prevención de la delincuencia, y con ello también da fin el "Tratado de Legislación Penal", de BENTHAM.

Mas nosotros no lo haremos, sin antes recoger otra sugerencia del filósofo utilitario, sin duda hoy superada, pero que, en sus días, tenía el mérito de la ocurrencia, que, no por carecer de peculiaridad, deja de proporcionar observación curiosa e interesante. Se trata de los "seguros privados" en defecto de unos "fondos de compensación" nutridos por los propios delincuentes.

Y, a tal propósito se ponderan las ventajas de los seguros, institución ingeniosa en la "que el asegurador se halla dispuesto a soportar la pérdida, habiendo considerado la prima que recibe como el equivalente o compensación del riesgo que corre". Mas es fácil comprender el inconveniente que esto último implica para los efectos perseguidos, ya que "siempre hay que pagar dicha prima, que es una pérdida cierta, para prevenir una pérdida posible, pero incierta". Ello hace tornar su vista al autor hacia los "seguros públicos", a cargo de entidades oficiales, donde también encuentra los reparos de considerarlos "más expuestos al fraude y a la prodigalidad"; y ello por albergar BENTHAM la creencia en este caso de que "las pérdidas que recaen sobre los individuos, proporcionan toda la fuerza posible a los incentivos de la vigilancia y de la economía".

* * *

Creo no debe finalizar esta exposición sin poner de relieve primeramente la personalidad filosófica de autor de tal enjundia como JEREMÍAS BENTHAM, y sin que para ello sea preciso reiterar lo manifestado por otros que le han estudiado desde tal perspectiva: ya sabíamos que su doctrina descansa en un "hedonismo psicológico" (27), si

(27) P. F. COPLESTON: *Ob. cit.*, p. 8 del vol. XVIII.

bien yo me permitiría calificarlo mejor de “dialéctico”, y no por mero afán de matización sistemática, ni por lo que la formulación de aquel tiene de doctrinaria: un doctrinarismo muy propio de su época todavía y de quienes en ella, como él, pretendieron recuperar retrasos en la instrumentación lógica; una lógica que a veces nos acercaría a la hilaridad si esta no implicase, sobre todo en este caso, incomprensión de ciertos tiempos y costumbres. Por otra parte, a BENTHAM es muy fácil comprender, aunque mucho se deba a Dumont por la ordenación y traducción de sus notas, luego paradójicamente vertidas al inglés.

La envergadura de los trabajos de BENTHAM obliga a pensar y, por tanto, es propicia a la meditación, merced a la cual he podido corroborar lo dicho por Paul Hazard a propósito de los tiempos e ideología del autor inglés: por entonces “comenzó a tomar forma una teoría sobre la Moral conforme a las nociones *lógicas* de los filósofos de la Escuela de la ilustración...” (28).

En el aspecto filosófico el único reparo que se puede oponer a BENTHAM (aunque no sólo a él entre sus coetáneos), es el de haberse encasquillado en sus razonamientos cuando, por los antes aludidos avances de su época podía haber utilizado para sus obras las sugerencias que le debían proporcionar los ya sorprendentes resultados de la técnica y el estudio de las ciencias naturales, unidos a su talento inegable y no exento de intuición en muchos casos.

Acaso por estos últimos “atributos”, cual él diría, es en el campo jurídico donde sus obras han logrado mayor supervivencia, sin que las filosóficas dejasen de formar su “estrato”, pues el influjo de aquellas en el Derecho de muchos países es evidente, aunque no total, acaso por no haberse querido percatar que no puede lograr permanencia, ni general aceptación un ideario que, en definitiva, descansa en criterios “cuantitativos”, muy conformes con las proclamas de la revolución francesa; pero que parecen olvidar que en el Derecho hay también algo mutable, que evoluciona al compás del ritmo de la sociedad que ha de regir, si no es incluso esta última la que lo forma o formula.

Lástima que aquella su intuición no previera la proximidad, casi inminente, de una consideración auténticamente científica del delito, que tanto le hubiese auxiliado en su bien orientada idea de la “prevención”: esas concretas aplicaciones de la psicología al individuo y a la sociedad, así cual otros aspectos de la criminología, que aún hoy se consideran “acuciantes”; pese a lo mucho que se lleva trabajado sobre el particular, pero sin sistema de conjunto, que eso sí lo hubiese ofrecido BENTHAM (29).

(28) *Ob. cit.*, Ed. inglesa por Hollis y Carter, 1954, p. 364.

(29) JULIUS GRANT: *Science for the Prosecution*, Londres, Chapman and Hall, Ltd., 1941; L. RADZINOWICZ: *The Need for Criminology*, Londres, Heinemann, 1965.