

LA TEORÍA DEL DERECHO DE JEREMÍAS BENTHAM

SUMARIO: 1. Nota biográfica. 2. La norma jurídica (law) y su fuente. 3. Restricción de opciones. 4. El análisis de la norma. Conceptos jurídicos fundamentales; a) La estructura de la norma; b) Motivos de la acción. El castigo; c) El alcance de la norma jurídica. 5. Ejecución o aplicación de las normas jurídicas. 6. Normas principales (primarias) y subsidiarias (secundarias). 7. El discurso jurídico (la expresión de la norma). 8. La individuación de la norma jurídica.

I. NOTA BIOGRÁFICA¹

Jeremías Bentham, filósofo, economista y teórico del derecho nació en Londres en 1748. Hombre de impresionante precocidad: comenzó sus estudios en *Westminster School*, donde aprendió latín y griego. A los doce años ingresó al *Queens College* de Oxford; se graduó en 1763. Ese mismo año ingresó a *Lincoln's Inn*, uno de los sélebres *Inns of Courts*² y fue recibido, como estudiante, en el *King's Bench*;³ ahí observaría a Lord Mansfield (sir William Murray 1705-1793) entonces *Chief Justice* del *King's Bench* pronunciar sus fallos.

¹ Sobre la vida de Jeremías Bentham puede consultarse, primeramente su biografía en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo, William Tait, 1838-1843; Mill, John Stuart, 'Bentham' en *Essays on Ethics, Religion and Society (Collected Works of John Stuart Mill, vol. X)*, Toronto, University of Toronto Press, 1969; Manning, D. H., *The Mind of Jeremy Bentham*, Longmans, Green, 1969; Everett, C. W., *The Education of Jeremy Bentham*, Nueva York, Columbia University Press, 1931, Halévy, Elie, *The Growth of Philosophic Radicalism*, tr. por Mary Morris, Boston, The Beacon Press, 1955; Mack, Mary, *Jeremy Bentham: An Odyssey of Ideas 1748-1792*, Londres, Heinemann, 1962; Steintrager, James, *Bentham*, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1977; Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, 1982.

² Véase *infra*.

³ Antiguo tribunal inglés. Este tribunal tuvo su origen en un cuerpo de *justices* —justicias o jueces del rey— que se reunían en el *King's Hall* y conocían de casos que afectaban al rey o que involucraban a personas que tenían el privilegio de ser juzgadas sólo por el rey. La jurisdicción penal de este tribunal se origina justamente de la estrecha relación con las funciones del rey. Siendo *coram rege* el *King's Bench* no se ubica en un determinado lugar, se trasladaba por todo el reino con el rey. En el siglo xiv el tribunal obtuvo plena autonomía y perdió todo contacto con el rey y el consejo del rey. En el siglo xv tenía jurisdicción penal ordinaria y era un tribunal de alzada por distintas vías sobre tribunales inferiores. Su jurisdicción civil fue concurrente con el tribunal (*Court*) de *Common Pleas*. En 1875, el *King's Bench* fue prácticamente abolido y en su lugar apareció, dentro de la *High Court*, la *King's* (o *Queen's*, según el caso), *Bench Division*. (Cfr. Walker, David M., *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 702.)

En Oxford asistió a las *lectures* de Sir William Blackstone (1723-1780) el más prestigiado profesor de derecho de su tiempo. Bentham impaciente por la retórica de Blackstone y por las falacias iusnaturalistas que permeaban su trabajo y la de otros juristas del siglo XVIII, publica en 1776: *A Fragment on Government*.⁴ El subtítulo: *An Examination of what is Delivered on the Subject of Government in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries (Examen de lo que se ha dicho sobre el tema del gobierno en la introducción a los Comentarios de Sir William Blackstone)* indica claramente las características del trabajo. Obviamente el subtítulo alude a los *Commentaries on the Laws on England* de Sir William Blackstone.⁵

En *A Fragment* Bentham ataca las tesis prevaletentes tanto en jurisprudencia como en teoría política, en particular las expuestas por Blackstone. El joven Bentham —dice Laurence Lefleur— encontró poca dificultad para demoler la posición de su oponente.⁶ Sobre el propósito corrosivo de *A Fragment on Government*, expresamente Bentham dice que esta obra constituye “la primerísima publicación por la cual los

⁴ Existe versión española debida a Larios Ramos, Julián: *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Aguilar, 1973 (Biblioteca de iniciación política).

⁵ Obra publicada entre 1765-1770, la cual conoció gran éxito: quince ediciones aparecieron en vida de Blackstone y cuando menos otras quince después de su muerte. Los *Commentaries* fueron muy difundidos en Estados Unidos. Siendo la principal fuente de conocimientos del derecho inglés, vieron la luz muchas ediciones. La obra de Blackstone habría de inspirar la de James Kent (1763-1847): *Commentaries on the American Law* (1826-1830). La obra de Blackstone se compone de cuatro libros que tratan, respectivamente: I. De los derechos de las personas (en el cual se tratan el Parlamento, el Rey y los Consejos del Rey, los nacionales, los extranjeros, el clero, el estado civil, el trabajo doméstico, las relaciones de familia, tutela y sociedades); II. Del derecho de las cosas (incluyendo la venta, la prescripción, las sucesiones, el matrimonio, las donaciones y las quiebras); III. De los ilícitos privados (*Private Wrongs*) donde se trata a los tribunales y sus competencias, los procedimientos judiciales, así como los recursos; y IV. De los delitos públicos (*Public Wrongs*) que incluye el estudio del procedimiento de persecución y del proceso penales). Los *Commentaries* se encuentran precedidos por una introducción —a la que Jeremías Bentham se refiere en *A Fragment on Government*—. En ella Blackstone aborda temas como el estudio del derecho y la naturaleza de las normas jurídicas (*laws*) en general, blancos principales de la crítica. Bentham llevó a cabo, en otro trabajo, una crítica completa a los *Commentaries on the Laws of England* y no sólo a su introducción. Ese trabajo permaneció inédito hasta este siglo. Esta obra con el título: *A Comment on the Commentaries: A Criticism of William Blackstone's Commentaries of the Laws of England*, fue editado por Charles Warren Everett en 1928. (Oxford, Oxford University Press.)

Los *Commentaries* alcanzaron de inmediato el carácter de un clásico del derecho inglés por la cantidad de temas y la extensión y profundidad con la que están presentados. La obra fue también la mayor explicación histórica del derecho inglés. Como es fácil de imaginar, los *Commentaries* tuvieron gran influencia en el desarrollo del derecho inglés.

⁶ *Introduction, cit.*, p. VIII.

hombres... eran invitados para zafarse de las trabas de la autoridad y de la sabiduría ancestral en el campo del derecho",⁷ *A Fragment* representa la parte demoledora de la crítica. No obstante es en esta obra en que Bentham avanza su teoría de la soberanía. La parte constructiva conocida aparece en el capítulo XVII de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Otra parte de la crítica constructiva quedaría desconocida del público.

Fue durante sus días en Oxford en que Bentham descubrió el *Treatise of Human Nature* (publicada en 1739 y 1740) de David Hume (1711-1779). Grandemente influenciado por este trabajo, Bentham desarrolló la filosofía que habría de exponer toda su vida: el principio de la *utilidad* (entendida como la más grande felicidad para el mayor número) es el criterio y la medida de toda virtud.

Por mucho tiempo Bentham habría de trabajar en su gran proyecto: aplicar el principio de *utilidad* a todos los problemas sociales y políticos. En 1780 Bentham imprimió la primera parte de este ambicioso trabajo: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Aunque impreso, este trabajo no apareció publicado sino hasta 1789. Bentham, mientras tanto, se aplicó a escribir varios trabajos de tinte reformista. Durante su estancia en Rusia escribió su ensayo *The Defense of Usury*, publicado en 1787. La fama de los *Principles* convirtió a Bentham de un prometedor reformista inglés, en el más célebre filósofo de la reforma. Sus obras fueron traducidas a varios idiomas y sus ideas fueron bienvenidas en muchos países de Europa y América.

Bentham más que filósofo es un crítico del derecho y de las instituciones políticas y judiciales. Sus escritos políticos son, en mucho, el programa de su partido; son el programa de acción del *radicalismo filosófico*. Como crítico de las instituciones era un hombre impresionante. La codificación del derecho fue una de sus principales preocupaciones. Fue también el precursor de la reforma penitenciaria. Ideó el *panopticon*, un modelo de prisión en el cual los reclusos se encontrarían bajo la vigilancia constante desde un punto central en un edificio circular.

En *The Principles of Penal Law* anunció muchas tesis que fueron el origen de reformas sobre política represiva. En *Thruth v. Ashhurts* critica Bentham las tesis constitucionales del *Justice Ashhurts* pronunciadas para un Gran Jurado de Middlesex. En 1807 elaboró diferentes ideas sobre procedimientos judiciales. En 1817 aparece *Catechism of Parliamentary Reform* (escrito en 1809) en el cual Bentham propug-

⁷ Citado por Lafleur, Laurence, *Introducción a Bentham, Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Darien Connecticut, Hafner Publishing Co., 1970 (The Hafner Library of Classics, 6), p. VIII.

naba por la extensión del sufragio, elecciones anuales, distritos electorales igualitarios, voto secreto. En 1823 participa en la fundación de la *Westminster Review* para difundir las ideas y principios del radicalismo filosófico. Bentham, aunque educado como *tory*, sus tendencias políticas y críticas legislativas lo hicieron, en realidad, un demócrata.

Su *Rationale of Judicial Evidence* (escrito a partir de las notas y memoranda de Bentham por John Stuart Mill) constituye un verdadero manual de derecho probatorio donde Bentham expone los procedimientos a seguir en la búsqueda de la verdad en el proceso. Este trabajo es una ampliación del *Traité des preuves judiciaires* debido a la pluma de Etienne Dumont, redactor de muchos de los trabajos de Bentham.⁸ En *The Essays on Political Tactics*, escrito desde 1771, Bentham describe lo que considera los más efectivos procedimientos de una asamblea legislativa.

Los trabajos de Jeremías Bentham tuvieron enorme influencia en la legislación no sólo de Inglaterra sino en otros lugares del mundo. Bentham intervino en la redacción de textos constitucionales de los estados de Nueva York, Carolina del Sur y Luisiana. En Inglaterra sus ideas impulsaron proyectos de codificación, *consolidated legislation*,⁹ así como la abolición de disposiciones jurídicas obsoletas. El derecho procesal, particularmente el derecho probatorio, y los derechos penal y penitenciario fueron los que más se beneficiaron de las ideas de Bentham. Posteriores reformadores como Lord Brougham (1778-1868), Sir Samuel Romilly (1757-1818) y James Mackintosh (1765-1832), con frecuencia, simplemente llevaron a cabo las ideas de Bentham.¹⁰

Toda la agudeza y perspicacia con la que Bentham emprende la crítica de las instituciones sólo puede compararse con la impresionante penetración en el análisis de los conceptos y nociones jurídicas. Como teórico del derecho es sorprendente. Su enfoque es absolutamente innovador. Me atrevo a decir que en mucho Jeremías Bentham es el fundador de la *Analytical Jurisprudence*. Si no se otorgó a Bentham tal crédito es porque su más importante manuscrito sobre jurisprudencia,

⁸ De este trabajo existe versión española de Manuel Osorio Florit: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. (Clásicos del Derecho Procesal.)

⁹ Con el nombre de *Consolidation Act* los ingleses designan una ley cuyo objetivo es reunir en un mismo cuerpo legislativo disposiciones contenidas en diferentes leyes. Por medio de esta ley, sin reemplazar el contenido del derecho existente, se substituyen y se derogan las disposiciones jurídicas consolidadas (Cfr., Walker, David, *Oxford Companion to Law*, cit., p. 275).

¹⁰ Cfr., Walker, David, *Oxford Comparison to Law*, cit., p. 125.

conocido como *Of Laws in General*¹¹ permaneció desconocido del público hasta este siglo. Esta obra es la continuación de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. En principio no eran sino algunas reflexiones que habrían de agregarse al capítulo XVII de los *Principles*. Estos manuscritos debieron de haberse concluido en 1782;¹² la obra se mantuvo desconocida¹³ hasta que fue descubierta por el profesor Charles Warren Everett en el University College London en 1939 y publicada con el título: *The Limits of Jurisprudence Defined*.¹⁴ El nombre de *Of Laws in General*, es proporcionado por Hart, en virtud de que, primeramente, parece que no existe ningún fundamento ni rastro en el manuscrito para llamarlo *The Limits of Jurisprudence Defined*; en segundo lugar, el nombre de *Of Laws in General* aparece a la cabeza de una lista de temas los cuales, según Bentham, habrían de formar una obra separada (de los *Principles*). Por otro lado, el título es, según el profesor Hart, bastante conveniente para una obra que se propone contestar cuestiones como “¿qué cosa es una norma jurídica (*law*)?”, o “¿cuáles son las propiedades que han de encontrarse en todo objeto que pueda recibir propiamente el nombre de ‘una norma jurídica’ (*a law*)?”. Por lo demás, el título de *Of Laws in General*, según Hart, iba muy bien para una obra que intentaba lograr cierto esclarecimiento sobre la estructura y contenido de un cuerpo completo de normas jurídicas.¹⁵

2. LA NORMA JURÍDICA (LAW) Y SU FUENTE

Jeremías Bentham en *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* decía escuetamente, en una nota marginal, que “toda norma es un mandato a la revocación de un mandato”.¹⁶ Con mayor precisión en *Of Laws in General* Bentham dice:

¹¹ Editado por Hart, H. L. A., Londres The Athlone Press, University of London, 1970 (*Collected Works Jeremy Bentham*).

¹² Cfr., Hart, H. L. A., *Introduction Of Laws in General*, cit., p. XXXI. *Id. Essays on Bentham*, cit. cap. v.

¹³ Los trabajos de Bentham pueden dividirse en dos distintos periodos: en el primero, Jeremías Bentham es el único autor de su trabajo. En el segundo periodo alguien se encuentra asociado con él como editor. El segundo periodo comenzó con la compilación de Etienne Dumont de las notas y traducciones de obras publicadas para producir los *Traité de législation civile et penal*. Las únicas obras de Bentham escritas por él en su totalidad fueron: *A Fragment on Government*, *A Defense of Usury* y *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Después alguien se encuentra asociado a su obra: Etienne Dumont, John Bowring, P. Bingham, John Stuart Mill. Más recientemente, Charles Warren Everett y H. L. A. Hart.

¹⁴ Nueva York, Columbia University Press.

¹⁵ Hart, H. L. A. *Introduction*, en *Of Laws*, p. XXXIV.

¹⁶ Cap. XVII, XXIX (en *Of Laws in General* Jeremy Bentham substituye la palabra ‘*command*’ por ‘*mandate*’ (pp. 10 y 13-14) (Hafner 330).

una norma jurídica (*a law*) puede definirse como un compuesto (*assemblage*) de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano en un *Estado*, respecto de la conducta que ha de observarse en cierto *caso* por cierta persona o clase de persona.¹⁷ (*Of Laws in General, cit.*, p. 1).

Explica Jeremías Bentham que de acuerdo con esta definición una norma jurídica puede ser considerada desde diferentes perspectivas. La norma puede ser, así, considerada: 1) "Con respecto a su *fuerza*: esto es, con respecto a la persona o personas de cuya voluntad es expresión"; 2) con respecto a los *sujetos* (*i.e.* las personas a quienes se aplica; 3) con respecto a sus *objetos* (*i.e.* los *actos* que señala); 4) con respecto a su extensión; 5) con respecto a sus *aspectos* (las diferentes maneras por las cuales la voluntad de la que es expresión se aplica a los actos o comportamientos que son su *objeto*); 6) con respecto a su *fuerza*; 7) con respecto a su *expresión*; 8) con respecto a sus *correctivos adicionales*.¹⁸

La norma jurídica tiene una fuente específica. Según Bentham, la norma jurídica tiene que provenir de un *soberano*.¹⁹ De esta forma tenemos que la *fuerza* de una norma jurídica es el soberano. Bentham expresamente señala:

Considerada desde este punto de vista, la voluntad de la cual ella [la norma jurídica] es la expresión, tiene que ser, tal y como indica, la definición, la voluntad del soberano en un Estado.²⁰

Para hacer clara la noción de *fuerza* de una norma jurídica (*i.e. source of a law*) Bentham explicita su concepto de *soberano*:

Por soberano entiendo cualquier persona o grupo de personas a cuya voluntad, una comunidad política en su totalidad se supone que está (no importa con respecto a qué) en disposición de prestar obediencia; y esto con preferencia sobre la voluntad de cualquier otra persona.²¹

Como se advierte, su concepto de soberano es dependiente de la noción de Estado o de comunidad política, noción que Bentham explica en base al hecho del hábito de obediencia. En *A Fragment on Government*, Bentham señalaba claramente que:

¹⁷ *Of Laws in General, cit.*, p. 1.

¹⁸ *Of Laws in General, cit.*, p. 1.

¹⁹ *Cfr.*, *Of Laws in General*, nota marginal, p. 18.

²⁰ *Of Laws in General, cit.*, p. 18.

²¹ *Of Laws in General, cit.*, p. 18.

Cuando un número de personas (a los que podemos denominar súbditos) se supone que se encuentra en hábito de prestar obediencia a una persona o grupo de personas, de conocida y cierta descripción, (a los cuales podemos llamar, gobernante o gobernantes), tales personas en su conjunto (súbditos y gobernantes), se dice, se encuentran en estado de comunidad política.²²

Una noción de *Estado* o de comunidad política es necesaria para una explicación del derecho (del Estado). Esta circunstancia nos conduce a la idea de que todo derecho, no es sino el derecho de una comunidad jurídica específica, de un Estado determinado.

3. RESTRICCIÓN DE OPCIONES

Bentham explica claramente los efectos restrictivos que, en la *libertad* de los individuos, produce la función legisladora del soberano. Bentham expresamente dice:

Aún no hay derecho... El legislador aún no ha ocupado su cargo. Por tanto, todos los actos son hasta entonces libres; todas las personas, con respecto al derecho son libres. Restricción, constreñimiento, compulsión, coerción, deber, obligación (aquellas entidades... surgidas del derecho), son cosas desconocidas. Con respecto al derecho todas las personas poseen tal cantidad de este gran don... como es posible a la persona poseer...²³

Este es el *primer día de la creación política*; día en el que el Estado, dice Bentham, se encuentra sin forma y vacío. Hasta entonces, afirma Bentham, usted y yo, como todos, nos encontramos en libertad (con respecto al derecho únicamente; con respecto a los demás, subraya Bentham, está lejos de ser el caso). En este primer día de la creación política la restricción jurídica, el constreñimiento jurídico son ciertamente desconocidos, pero, observa Bentham, la protección jurídica es también desconocida. En un muy sugestivo pasaje Bentham explica cómo interviene el legislador para introducir protección jurídica:

Usted y su vecino, supongamos, se encuentran en pugna [nos encontramos en el primer día de la creación política]; él lo ha atado de pies y manos, o lo ha amarrado a un árbol; en tal caso, usted no está,

²² *A Fragment on Government: An Examination of What is Delivered on the Subject of Government in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries*, Oxford, Blackwell, p. 38.

²³ *Of Laws in General*, cit., *Appendix B*, p. 253.

ciertamente, en libertad con respecto a él; por el contrario él le ha privado de su libertad; y es en razón de lo que usted ha sido hecho sufrir por la acción que la priva de ella, que el legislador interviene y toma parte activa en su favor.²⁴

Bentham se pregunta ¿cómo es que el legislador interviene? Bentham enfáticamente responde:

Él [el legislador] tiene que ordenar o prohibir; puesto que no hay nada más que pueda hacer; de esta forma cercana, de uno u otro lado, una porción de libertad de los individuos.²⁵

Explica Bentham que la libertad con respecto al derecho y la libertad con respecto a otros (de aquellos que, en consideración al curso de acción que el derecho toma contra ellos, pueden denominarse malhechores) directamente se oponen entre sí y, en virtud de que es en favor de un individuo que el derecho ejerce su autoridad sobre otro, la creación de una es la destrucción de la otra. De la misma manera, y por la misma razón, el incremento de una, produce la disminución de la otra.²⁶

Si el derecho, con ciertas excepciones —dice Bentham—, me prohíbe y prohíbe a otros todos aquellos actos que pudieran ocasionarle daño corporal o sufrimiento (e.g. lesiones, amenazas, homicidio), ¿cuál es el resultado? Bentham expresamente responde:

Para mí y para el resto de la comunidad, restricción; para usted, seguridad personal y protección... y (para introducir la palabra derecho [subjeto]) le proporciona... cuando es corroborado por el necesario aparato de normas subsidiarias,²⁷ un derecho a ser protegido por... sus ministros contra... cualquiera que le infligiera tales daños... En otras palabras [el derecho] prohíbe tales actos... ¿Cuál es ahora el resultado? Para usted, libertad; para mí restricción.²⁸

4. EL ANÁLISIS DE LA NORMA. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Cabe señalar que el análisis de las nociones jurídicas es el más importante legado de Bentham a la ciencia jurídica.

²⁴ *Of Laws in General, cit., Appendix B, p. 253.* Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro.

²⁵ *Of Laws in General, cit., Appendix B, p. 253.* Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro.

²⁶ *Of Laws in General, cit., Appendix B., p. 254.*

²⁷ *Cfr. infra.*

²⁸ *Cfr. Of Laws in General, cit., p. 254.* Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro.

a) *La estructura de la norma*

En cuanto a la estructura de una norma jurídica Bentham señala que:

Existen dos cosas esenciales a toda norma jurídica (*law*): un acto [*i.e.* una acción, un comportamiento]... objeto de un deseo o volición de la parte del legislador; y un deseo o volición del cual dicho acto es objeto...

Cuando un acto de cualquier tipo es señalado, y un aspecto [*i.e.* fases—formas— a través de las cuales la voluntad del legislador puede ser manifestada] de cualquier tipo... es dirigido a tal [acción], una norma jurídica es expresada; si cualquiera de esos requisitos falta, a la supuesta norma jurídica le falta algo sin lo cual no puede ser una norma jurídica: nada ha sido legislado; ninguna volición determinada ha sido expresada...

Ahora bien los ingredientes esenciales en... una norma jurídica... son... el *acto* y el *aspecto*.²⁹

b) *Motivos de la acción. El castigo*

Bentham se pregunta en qué reside la *fuerza* de una norma jurídica, esto es, en qué *motivos* descansa la norma jurídica para permitirle producir los efectos que se propone. Los motivos, según Bentham, no son sino las expectativas de pena y placer conectados de manera particular, en el sentido de la causalidad, con las acciones con referencia a las cuales la pena o placer son considerados motivos.³⁰ Bentham expresamente señala:

Cuando es en la forma de placer que se aplican, pueden ser llamados motivos *atractivos* (*alluring*); cuando adoptan la forma de pena: *coercitivos*. Cuando los motivos de tipo atractivo se tienen como conectados con un acto, se dice que una recompensa se ofrece; cuando se tienen del tipo *coercitivo*, que un castigo ha sido establecido.³¹

De las cuatro fuentes de las cuales estos motivos (pena y placer) pueden surgir, existen tres, señala Bentham, que se encuentran bajo la influencia de ciertos agentes, dependen de actos de voluntad de seres inteligentes:

²⁹ *Of Laws in General, cit.*, pp. 93 y 94. Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro.

³⁰ *Cfr.*, *Of Laws in General, cit.*, p. 133. Sobre los motivos de la acción, véase: *An Introduction to the Principles to Morals and Legislation*, ed. por Burns, J. H. y Hart, H. L. A., Londres, The Atholone Press. University of London, 1959 (*The Collected Works of Jeremy Bentham*, editadas por J. H. Burns), caps. VII y X.

³¹ *Of Laws in General, cit.*, p. 133.

las sanciones políticas, morales y religiosas. Explica Bentham que el legislador puede, para dar eficacia a sus normas jurídicas, tomar cualquiera de dos caminos: puede confiar completamente en la fuerza auxiliar de las dos sanciones extrajurídicas, o bien: puede recurrir a motivos obtenidos de su propia creación. El primero de los caminos algunas veces —dice Bentham— ha tenido éxito, incluso parece que en ciertos casos tiene que ser preferido a cualquier otro. Estos casos —señala Bentham— son, sin embargo, muy raros. Las más de las veces es el placer o pena derivados de la sanción política misma, muy particularmente de la pena, en la que el legislador descansa para la realización de su voluntad.³²

Con respecto a la motivación producida por la representación del castigo, Bentham expresamente señala: “El caso es que, normalmente, el uso del castigo es, sin comparación, el más eficaz”.³³ No parece imposible que todo el asunto del gobierno pueda llevarse a cabo mediante el castigo únicamente. Pero mediante recompensas, dice irónicamente Bentham: “es absolutamente cierto que ninguna parte sustancial de ese asunto podría efectuarse [ni siquiera] por media hora”.³⁴

La relación entre el castigo y el derecho es tan fuerte que, ahí cuando los motivos de la acción requerida o propuesta son del tipo atractivo, parece muy dudoso —observa Bentham— que a tal expresión de voluntad pueda propiamente llamársele una *norma*. Bentham explica que los motivos en los que un derecho descansa, las más de las veces, son de naturaleza colectiva. De ahí, dice Bentham, que la idea de coerción en la mente de las personas se haya conectado de forma inseparable con la de norma jurídica.³⁵

En una nota al texto al que nos referimos Bentham hace el siguiente comentario:

En la nomenclatura como en la práctica del derecho, es alrededor del castigo que todas las cosas giran: nada alrededor de la recompensa. Pruébense, por ejemplo, las palabras: *obligación, deber, derecho* [subjeto] *facultad, titularidad (título), posesión y transmisión*. Quítese la idea de castigo y les privará de todo significado.³⁶

³² Cfr., *Of Laws in General, cit.*, p. 133.

³³ *Of Laws in General, cit.*, pp. 134-135.

³⁴ *Of Laws in General, cit.*, p. 135 (lo que se encuentra entre corchetes es mío). En una nota correspondiente a este texto Bentham enumera las razones por las cuales el gobierno de una comunidad no puede llevarse a cabo basado únicamente en recompensas.

³⁵ *Of Laws in General, cit.*, p. 136.

³⁶ *Of Laws in General, cit.*, p. 136, nota f).

c) *El alcance de la norma jurídica*

Señala Bentham, adelantándose a su tiempo, que una norma jurídica puede ser particular, general, o poseer ambas características. Explica Bentham que la *generalidad* o particularidad de una norma jurídica resulta de la generalidad o particularidad de los sujetos y de los objetos con los cuales se relaciona. Desde este punto de vista una norma jurídica puede ser completamente particular, completamente general, o parcialmente particular y parcialmente general.³⁷ Jeremías Bentham expresamente declara:

Se puede decir que una norma jurídica es completamente particular cuando sus sujetos... y sus objetos son todos ellos individuales; es parcialmente particular y parcialmente general si uno o más de estos aspectos es individual; es completamente general si ninguno de ellos es individual, sino que cada uno de ellos es una clase...

Hasta ahora, sin embargo, la manera común de dividir las normas jurídicas, con respecto a este tema, ha sido dividir las en generales y particulares únicamente, como si nada más pudiera ser considerado valioso en una norma que las *personas* con las cuales se relaciona, y como si no se pudiera referir sino a un conjunto de personas cada vez.³⁸

Dice Bentham que las normas jurídicas que son particulares *ex parte* no son difíciles de encontrar. Sin embargo, este tipo de normas difícilmente pueden encontrarse en gran abundancia entre las normas jurídicas que emanan inmediatamente del soberano. Los mandatos de este tipo —explica Bentham— son, las más de las veces, característicos de alguna clase subordinada de detentadores del poder; entre los que tienen carácter público encontramos los mandatos judiciales y militares, los cuales para diferenciarlos de los *mandatos* o normas *legislativas* o *normas jurídicas legisladas*, son denominados *mandatos* u *órdenes ejecutivos*.³⁹

Explica Bentham que la distinción entre una norma jurídica general y una norma jurídica individual es más material de lo que a primera vista se podría imaginar. La aplicación de esta distinción —señala Bentham— proporciona la clave sin la cual sería casi imposible encontrar

³⁷ Cfr. *Of Laws in General*, cit., p. 76.

³⁸ *Of Laws in General*, cit., pp. 76-77.

³⁹ Cfr. *Of Laws in General*, cit., pp. 77 y 78. Bentham considera que los contratos pueden ser particulares o generales, según obligue a un individuo o a un conjunto de individuos. En cuanto a los traslados de dominio (*conveyance*) las partes obligadas son siempre numerosas e indeterminadas (Cfr., *Of Laws in General*, cit., pp. 78 y 79).

el camino "a través del laberinto de la jurisprudencia constitucional".⁴⁰ A la distinción entre normas jurídicas generales y normas jurídicas particulares corresponde, según Bentham, una distinción correlativa respecto al poder de crearlas. Bentham expresamente señala:

El poder de legislar (*enacting*) normas jurídicas particulares [i.e], el poder de imperar *de singulis*, es un tipo de poder; el poder de legislar normas jurídicas generales, esto es de imperar *de classibus*, de crear normas jurídicas en términos generales es... un otro y muy diferente tipo de poder. Este último poder, aunque susceptible de un... alcance del que el primero no es susceptible, es, por otro lado, susceptible de limitaciones peculiares por las que su fuerza puede ser disminuida e, incluso, destruida completamente. Estas limitaciones dan lugar a otros poderes, los cuales en muchos casos forman, por decirlo así, un complemento necesario del poder imperativo cuando es modificado...⁴¹

Explica Jeremías Bentham que es necesario dar claros ejemplos de los poderes complementarios, sin los cuales la naturaleza peculiar de una norma general, en comparación con una norma particular, difícilmente puede ser entendida.

Con ello —dice Bentham— se daría una especie de mirada anticipada a la estructura de la rama constitucional del derecho, vislumbrando, aunque de forma incompleta, las conexiones e interdependencias de algunas de sus partes, desvaneciendo las ideas de inmensidad e inconmensurabilidad que, hasta ahora, han pendido sobre el tema.

Señala Bentham que a las palabras *poder de legislar* (*power of legislation*) de manera natural anexamos la idea del poder de crear (*enacting*) normas jurídicas: normas jurídicas que serán generales en todos aspectos. Dichas normas jurídicas, a las que pertenecen la generalidad de las leyes (*statutes*), y que emanan de la autoridad soberana, son así producidas. Dice Bentham que este poder de crear normas jurídicas para todos los casos y de forma tal que ningún hombre tiene autoridad para invalidarlas y todos los hombres se encuentran obligados por ellas a obedecerlos, parecería —explica Bentham— ser lo mismo que poder absoluto.

Tal poder, podría uno naturalmente suponer, tiene que envolver su textura, tiene, por decirlo así, que absorber en su substancia, todo otro poder que pudiera existir en el Estado; toda vez que aquel que tuviera este poder tendría todo, y nadie, sin autorización, podría tener algo. Los posibles poderes en el Estado son reductibles a dos:

⁴⁰ Cfr. *Of Laws in General*, cit., p. 80.

⁴¹ *Of Laws in General*, cit., p. 80.

el poder de conrectación. . . y el poder de imperación (*imperation*); el último, a su vez, puede distinguirse en el poder de *imperación, propiamente hablando* y el *poder de desimperación (de-imperation)*.

Explica Bentham que este poder de *imperación* se presenta de dos maneras: *imperación de classibus* (creación de normas jurídicas generales) e *imperación de singulis* (creación de normas jurídicas particulares), los cuales no son sino dos diferentes formas de ejercer el mismo poder. Sin embargo, ninguna de estas formas por sí sola incluye el poder de hacer todo lo que se hace al mandar y contramandar. Para formar el poder de imperación (el poder completo) es necesaria la unión de estos dos tipos de poder de imperación. Para demostrar lo anterior, Bentham señala qué es lo que le falta al poder general de legislación (*de classibus*) para ser considerado completo, y qué es lo que le falta al poder de legislación particular (*i.e.* el poder de emitir el tipo de mandatos que conocemos como *órdenes*) para ser completo.

5. EJECUCIÓN O APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Una vez expuestas estas características Bentham piensa que con ello se ha llegado a la noción de un objeto que, en cierto sentido, admite la denominación de norma jurídica. Bentham expresamente dice que una norma jurídica se constituye de: “la parte directiva, la cual tiene que ser, por sí misma, una completa expresión de voluntad, y un elemento de una naturaleza diferente, una *predicción*”.⁴²

Sin embargo —observa Bentham— nada se ha señalado por lo que la eficacia de la parte directiva o la veracidad de la predictiva puede ser establecida sobre fundamentos sólidos. Supongamos —dice Bentham— que una norma jurídica termina ahí y dejemos a un lado, por el momento, los efectos de las dos sanciones auxiliares. Lo que ha sido hecho por la norma jurídica hasta ahora —señala enfáticamente Bentham— equivale a nada: “como expresión de voluntad, es impotente; como predicción, es falsa”, Bentham dice expresamente:

La voluntad del legislador sobre el asunto en cuestión ha sido, en efecto, declarado; y se ha amenazado con un castigo en caso de no cumplir con tal voluntad; sin embargo, en cuanto a los medios para ejecutar tales amenazas nada ha, hasta entonces, aparecido.⁴⁴

⁴² *Of Laws in General, cit.*, p. 137.

⁴³ *Cfr. Of Laws in General, cit.*, p. 137.

⁴⁴ *Of Laws in General, cit.*, p. 137.

Bentham se pregunta qué camino puede tomar el legislador en tal circunstancia y responde:

No tiene más que uno, que consiste en continuar mandando como lo hizo antes, puesto que tomar la inflicción del castigo en sus propias manos... sería sobrepasar los límites de su función y ejercer un otro tipo de poder.⁴⁵

En una nota al texto transcrito, Jeremías Bentham se plantea la siguiente cuestión: ¿Cuál es ese poder que es diferente del poder imperativo (del legislador) y, a la vez, su necesario complemento? Este poder (el cual se ejerce sobre las facultades pasivas de los individuos) lo denomina Bentham 'el poder de imposición' (Bentham usa '*contrectation*', de latín: *contrectatio*: poner la mano, echar mano). El poder de imposición (*contrectatio*) se aplica directamente sobre las cosas (i.e. el poder de un soldado sobre las personas de sus enemigos, la del ejecutor judicial sobre las personas o cosas objeto de castigo o ejecución forzada). Explica Bentham que sin este poder de imposición nuestras nociones de dominio... en resumen: todas nuestras nociones sobre el gobierno de la comunidad serían imperfectas. El poder de legislar, aunque fuera supremo e ilimitado —sostiene Bentham— no es autosuficiente y completo. No es, de hecho, sino la mitad del poder que aquéllos, por cuyo sometimiento y obediencia el dominio es constituido, son capaces de conferir.⁴⁶

6. NORMAS PRINCIPALES (PRIMARIAS) Y SUBSIDIARIAS (SECUNDARIAS)

Dice Bentham que todo lo que puede hacer el legislador en su capacidad de tal, es emitir una *segunda norma*, que requiera de una persona hacer verdadera la predicción contenida en la primera norma. Con respecto a esto último Bentham, literalmente, señala:

Esta norma *secundaria* siendo emitida en ayuda de la *primaria* puede, con referencia a ella, ser denominada: la norma *subsidiaria*; con referencia a la cual la norma *primaria* puede, por otro lado, ser llamada: norma *principal*.⁴⁷

Bentham inmediatamente se plantea la cuestión de saber a quién se encuentra dirigida la norma subsidiaria. A este respecto explica Bentham:

⁴⁵ *Of Laws in General, cit.*, p. 137.

⁴⁶ *Cfr.*, *Of Laws in General, cit.*, pp. 137-139.

⁴⁷ *Of Laws in General, cit.*, p. 139. Bentham únicamente escribe en cursivas "subsidiaria" y "principal"; las demás cursivas son nuestras.

Nunca puede ser a la misma persona a la cual la norma principal se dirige; puesto que un hombre... no se castigará solo. Por tanto, tiene que ser otra persona... comúnmente... es a una clase particular de personas, quienes, ocupando cierta... condición civil instituida para tal propósito, se presume se encuentran... calificados... [y] dispuestos a ejecutar o a hacer que se ejecute cualquier mandato si es emitido por el cuerpo legislativo (*legislature*).⁴⁸

Señala Bentham que esta circunstancia muestra suficientemente que "la norma principal y la norma subsidiaria son dos normas distintas y no partes de una y misma norma".⁴⁹ No obstante lo anterior, es evidente que entre la norma principal y subsidiaria no puede haber sino una muy estrecha conexión y dependencia: La norma principal contiene una referencia esencial a la subsidiaria. El objeto de la primera es predecir el mismo daño cuya ejecución es objeto de la segunda. Por lo demás, la descripción y alcance de la norma subsidiaria tiene, por supuesto, que ser determinada, en gran medida, por la descripción de la norma principal.⁵⁰

Sobre este particular el profesor H. L. A. Hart observa que en Bentham un entendimiento completo y una descripción completa de una norma jurídica supone el entendimiento y descripción de todas las condiciones comunes a ella y a otras normas jurídicas y de ahí el entendimiento y descripción del sistema en su totalidad.⁵¹ Esto es, se necesita el entendimiento del "cuerpo completo del derecho", del "*pannomion*" para usar las propias palabras de Bentham.⁵²

Sobre el *pannomion* Bentham expresamente dice:

Un cuerpo de normas jurídicas es una vasta y complicada pieza de mecanismo del cual ninguna parte puede ser explicada sin el resto.⁵³

Bentham señala que de los varios tipos de normas subsidiarias, "aquellas que se dirigen al juez y contiene el mandato de castigar puede... denominarse *norma punitiva*".⁵⁴ Bentham afirma: "el único curso que es de eficacia universal es el castigo; una muestra del cual... tiene

⁴⁸ *Of Laws in General, cit.*, p. 139.

⁴⁹ *Of Laws in General, cit.*, p. 139. Cfr. *An Introduction to the Principles*, capítulo XVII, nota final, sec. VI, Hafner, p. 331.

⁵⁰ Cfr., *Of Laws in General, cit.*, p. 142.

⁵¹ *Introduction*, en *Of Laws in General, cit.*, p. XXXV.

⁵² Cfr., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. XVII, nota final, sec. XV (Hafner, p. 333).

⁵³ *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. XVII, párr. XXXIV, nota b2 (Burns & Hart, p. 299).

⁵⁴ *Of Laws in General, cit.*, p. 140, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, cit.*, cap. XVII, nota final. sec. VI (Hafner, p. 311.)

que ser proporcionada a toda norma de forma a ser efectiva (*effective*)".⁵⁵ Si esto es así, entonces las normas subsidiarias más importantes son las normas punitivas. Existe otro tipo de normas subsidiarias: remunerativas [*i.e.* que establecen recompensas), compensatorias, terapéuticas y metafílicas].⁵⁶

Es importante observar que Bentham señala la posibilidad de que una norma subsidiaria requiera, a su vez, de una norma subsidiaria con respecto a ella. Bentham expresamente señala:

...es evidente que de la misma manera en que una norma principal tiene que tener sus normas subsidiarias, así, también, cada una de las normas subsidiarias tienen que tener una serie de normas subsidiarias para sí mismas, y esto por la misma razón. Ésta es una circunstancia que pertenece, por igual, a toda norma que encuentre su respaldo en la sanción política.⁵⁷

Bentham percibe así el problema de la serie sucesiva de normas sancionadoras.

7. EL DISCURSO JURÍDICO (LA EXPRESIÓN DE UNA NORMA)

Con respecto a la expresión de una norma jurídica Bentham afirma:

Una norma jurídica es una *expresión* de voluntad, ... un compuesto de signos expresivos de un acto de voluntad. ...

... los únicos signos que pueden dar respuesta a este propósito. ... son aquellos signos convencionales cuya combinación forma lo que es llamado *discurso*.⁵⁸

Bentham concede que el discurso que da expresión a una norma puede admitir gran variedad de formas (*e.g.* imperativa, indirectamente imperativa, declarativa).⁵⁹ El discurso jurídico por el que se expresa una norma puede ser articulado en sonidos o integrarse en signos permanentes como en el caso de la escritura. En el último de los casos encontramos lo que conocemos como derecho legislado o derecho escrito. Existen también normas tradicionales⁶⁰ (*i.e.* tradición).

Bentham observa que las normas consuetudinarias son expresadas únicamente a través de actos, no por palabras. Aquí —comenta Bent-

⁵⁵ *Of Laws in General, cit.*, p. 149.

⁵⁶ *Cfr. Of Laws in General, cit.*, pp. 140, 149-150 y ss.

⁵⁷ *Of Laws in General, cit.*, p. 140. *Cfr., ibid* 141 y ss.

⁵⁸ *Of Laws in General, cit.*, p. 152.

⁵⁹ *Cfr., Of Laws in General, cit.*, p. 154.

⁶⁰ *Cfr., Of Laws in General, cit.*, p. 152.

ham— todo discurso está fuera de consideración, es irrelevante. Es posible que en ocasión a normas consuetudinarias se haga uso del discurso verbal (nosotros agregaríamos el discurso escrito); pero, si esto es el caso, no es el discurso lo que las hace normas.⁶¹ Para Bentham el derecho consuetudinario no es, por decirlo así, un derecho popular, sino la extensión de un acto tomado como paradigma. Bentham dice así de las normas consuetudinarias:

Estas normas jurídicas no son sino numerosos actos autocráticos particulares u órdenes, los cuales, en virtud de la interpretación más bien extensa que la gente está dispuesta a otorgarles, tienen, en alguna forma, los efectos de las normas generales.⁶²

8. LA INDIVIDUACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS⁶³

Corresponde al genio de Bentham el haber sido el primero en plantearse este problema. El profesor Joseph Raz a este respecto comenta: este descubrimiento “constituye el punto más importante, en el pensamiento de Bentham sobre filosofía jurídica”.⁶⁴ Este hallazgo hizo que Bentham dejara inconcluso su *An Introduction to the Principles*. Los problemas de individuación de las normas jurídicas lo condujeron a concebir y escribir *Of Laws in General*, su más importante trabajo de filosofía jurídica.⁶⁵ La individuación de una norma —señala Bentham— resulta de su *integralidad* y de su *unidad*, consideradas en su conjunto, literalmente dice:

[Individuar] una norma es determinar qué porción del material legislativo tiene que equivaler, para no contener, por un lado, más ni, por otro, menos que una norma completa.⁶⁶

⁶¹ Cfr., *Of Laws in General*, cit., p. 152.

⁶² *Of Laws in General*, cit., p. 152. Los elementos originales de la norma consuetudinaria los constituyen los actos de un poder judicial autocrático. (*Of Laws in General*, cit., pp. 184 y ss.)

⁶³ “El propio Bentham usa la frase ‘la individuación de una norma jurídica (law)’ (cfr., Hart, H. L. A., *Introducción en Of Laws in General*, cit., p. XXXIV). La frase aludida reza así: “La individuación de una norma jurídica, entiendo la descripción de aquello que debe ser considerado, ni más ni menos, que una norma jurídica completa; hasta ahora, una cuestión completamente no resuelta y oscura” (*On Laws in General*, cit., *Appendix A*, p. 247; véase *Appendix E*, p. 305).

⁶⁴ Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 71.

⁶⁵ Cfr. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, cit., p. 71, nota 2; cfr., Hart, H. L. A., *Introduction*, en *Of Laws in General* cit., pp. XXXXI-XXXV.

⁶⁶ *Of Laws in General*, cit., p. 156. Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro.

Bentham observa que existen normas jurídicas de diferentes tipos; siguen diferentes patrones, los cuales establecen diversos grados de completitud (*fullness*). La descripción de una norma jurídica completa depende, por tanto, del patrón al cual esa norma corresponda. Bentham encuentra que una norma jurídica puede ser completa o incompleta en referencia a tres aspectos: expresión, conexión y diseño.⁶⁷

El criterio de referencia en cuanto a la completitud expresiva lo constituye la voluntad del legislador (¿cuándo es que esa voluntad se considera expresada de forma completa?, ¿qué cantidad del material legislado interviene para dar expresión a tal voluntad?).⁶⁸ El criterio de conexión se refiere a la apropiada *combinación* del material que forma una norma jurídica. Encuentra Bentham que una norma jurídica, aun la del patrón más simple, se compone de multitud de disposiciones jurídicas. Para que estas disposiciones (artículos, cláusulas, secciones, considerandos, etcétera) tengan los efectos para los que fueron creados, es necesario que la acción que debe ejercer cada una de ellas sobre las otras se produzca. Existe conexión por yuxtaposición (haciendo aparecer estas disposiciones en un solo instrumento) y conexión por referencia (mediante el envío del lector al instrumento o instrumentos donde se encuentran tales disposiciones).⁶⁹ La norma jurídica es incompleta en cuanto a su diseño, cuando no corresponde a la concepción que de ella se hizo el legislador. Toda norma tiene su origen, según Bentham, en un específico daño, apto para obtener de él el tipo de acto que el legislador es inducido a prohibir, cuya idea general se forma el legislador a partir del daño particular. Ahora bien, si la idea general que parece haberse formado para sí se desvía del que se debiera o podría haber formado, la norma jurídica puede ser considerada incompleta con respecto a su diseño. Esta incompletitud puede pecar de defecto o de amplitud.⁷⁰

Estas distinciones conducen a Bentham a analizar con mayor número de elementos, el problema de la *interpretación*.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN *

⁶⁷ Cfr., *Of Laws in General, cit.*, pp. 156 y 157.

⁶⁸ Cfr., *Of Laws in General, cit.*, pp. 156-157.

⁶⁹ Cfr., *Of Laws in General, cit.*, pp. 159 y ss.

⁷⁰ Cfr., *Of Laws in General, cit.*, p. 160. Bentham en la p. 161 de este mismo trabajo expone un ejemplo ilustrativo de este último tipo de incompletitud.

* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor, por oposición, de *Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Estado* en la Facultad de Derecho de la misma Universidad; profesor de *Metodología del Derecho* en la División de Estudios Superiores de la mencionada Facultad de Derecho; licenciado en derecho (1967, Universidad Nacional Autónoma de México); doctor en derecho (1970, *Faculté de Droit et Science Économiques, Université de Paris*).