



# LA CIENCIA DEL DERECHO DE JEREMY BENTHAM\*

---

Luis M. Cruz

## 1. INTRODUCCIÓN

Hart, como es conocido, deploraba las ambigüedades de la expresión ‘positivismo jurídico’, ya que su uso indiscriminado había confundido la cuestión más que cualquier otro factor<sup>1</sup>. En su tarea de revisión de las “tesis” que han sido calificadas de “positivistas” y comparándolas con el pensamiento de autores considerados como “positivistas jurídicos”, mantiene que la expresión “positivismo” se usa, en el ámbito angloamericano, para designar una o más de las siguientes tesis:

(1) que las leyes son mandatos de seres humanos; (2) que no hay conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho como es y el derecho como debe ser; (3) que el análisis o estudio de los signi-

\* Quiero dejar constancia de mi agradecimiento al profesor Pedro Serna, porque fruto de nuestras conversaciones surgieron muchas ideas para encauzar este trabajo.

1. Cfr. HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961. Publicado en castellano, *El Concepto de Derecho*, CARRIÓ, G. (ed. y trad.), Editora Nacional, México, 1980, p. 321; y “Positivism and the separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, pp. 593-629. Publicado en castellano bajo el título “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, CARRIÓ, G. (ed.), Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 1-64.

ficados de los conceptos jurídicos es un estudio importante que ha de ser distinguido de (aunque de ninguna manera es contrario) las investigaciones históricas, las investigaciones sociológicas y la valoración crítica del derecho en términos morales, de objetivos sociales, funciones, etc.; (4) que un sistema jurídico es un sistema “lógico cerrado” en el cual las decisiones correctas pueden ser deducidas a partir de reglas jurídicas pre-determinadas por medio de medios puramente lógicos; (5) que los juicios morales pueden no ser establecidos, a diferencia de las proposiciones de hecho, por medio de argumento, evidencia o pruebas racionales (“no cognitivismo en ética”). Bentham y Austin sostuvieron las opciones expresadas en (1), (2) y (3), pero no aquellas en (4) y (5); Kelsen sostiene las expresadas en (2), (3) y (5), pero no las de (1) o (4). La tesis (4) se atribuye frecuentemente a los “juristas analíticos”, mas aparentemente sin una buena razón”<sup>2</sup>.

Sin embargo, Hart selecciona varias tesis acerca de la naturaleza del Derecho a las que les atribuye unánimemente una importancia central, y que forman parte, a su juicio, de una tradición positivista anglosajona, en la que quedan incluidos Bentham, Austin y él mismo<sup>3</sup>. A su juicio, estos dos autores insistieron en la importancia de una forma de estudios jurídicos no valorativa,

“[I]nteritada por el análisis no sólo del concepto de Derecho, sino también de otros conceptos jurídicos fundamentales que son usados en la descripción de todos los sistemas jurídicos desarrollados, y en general, por la estructura y las relaciones lógicas de los elementos de un sistema jurídico. Bentham llamó teoría jurídica *expositiva* a esta forma de estudio jurídico, y la distinguió de la crítica del derecho en términos de sus fines, que denominó teoría jurídica *censoria*”<sup>4</sup>.

Junto a la separación conceptual entre el Derecho que es y el Derecho que debería ser, y el análisis conceptual avalorativo del Derecho, Hart considera, como parte de la tradición utilitarista an-

2. HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, op. cit., p. 321.

3. Cfr. HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, n° 36, 1980, p. 4.

4. HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 271-272.



glosajona, la teoría imperativa que concibe el Derecho como un conjunto de mandatos.

Durante largo tiempo el jurista inglés John Austin ha sido considerado como el exponente clásico de esta doctrina, al señalar en su obra *The Province of Jurisprudence Determined* que:

“La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra. Hay una investigación sobre si existe o no existe; otra investigación diferente, sobre si está o no está de acuerdo con una pauta asumida. Una ley que realmente existe es una ley, aunque suceda que no nos guste, o que no concuerde con el texto según el cual regulamos nuestra aprobación o desaprobación. Esta verdad, proclamada formalmente como una proposición abstracta, es tan simple y tan deslumbrante que parece inútil insistir en ella; pero, aun siendo simple y deslumbrante cuando se enuncia en expresiones abstractas, la enunciación de los casos en que ha sido olvidada llenaría un volumen”<sup>5</sup>.

Sin embargo, su maestro Jeremy Bentham anunció esta doctrina en su obra *A Fragment on Government*, cuando distinguió el *expositor* del Derecho, que “explica lo que el Derecho *es*” y “muestra lo que el legislador y el juez *han hecho*”, y el censor, quien nos instruye en “lo que el Derecho debería ser”<sup>6</sup>.

Precisamente Hart resalta en Bentham su insistencia en elaborar un vocabulario preciso y, en la medida de lo posible, moralmente neutral para su uso en discusiones jurídicas y políticas.

“Esta insistencia, aunque pueda parecer meramente lingüística, estaba en el centro del positivismo jurídico del que Bentham puede considerarse como su fundador”<sup>7</sup>.

5. AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, 2ª ed., 1861, reedición por Franklin, Nueva York, 1970, pp. 233-234. Cuando no se indique otra cosa, las traducciones son nuestras.

6. Cfr. BENTHAM, J., *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, Hart, H.L.A. y Burns, J. H. (eds.), Athlone Press, Londres, 1977, p. 397. Se utilizan como abreviaturas de este libro: *Fragment* para la referencia a *A Fragment on Government*, y *Comment* para *A Comment on the Commentaries*. La traducción de los textos es mía.

7. HART, H.L.A., “The demystification of the Law”, en *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 1982, p. 28.

En esta misma línea, Olivecrona considera que Bentham intentó una investigación estrictamente empírica de los hechos, buscando establecer una Teoría puramente sociológica del Derecho, sin tener que cargar con las ficciones y la moralización de la teoría del Derecho natural. Según Olivecrona, lo que Bentham quería hacer era ofrecer una explicación sociológica de los fenómenos jurídicos sobre la base de considerar al Derecho como una colección de expresiones de una voluntad<sup>8</sup>. El error de Bentham radicaría, a su juicio, en no comenzar sus investigaciones con una mente abierta, ya que toma como punto de partida el concepto de Derecho como expresión de la voluntad del soberano<sup>9</sup>.

Por último, cabe reseñar la posición de Cattaneo al respecto. Para este autor, Bentham establece en su crítica a Blackstone una separación entre la descripción de hechos y la enunciación de razones, principios y valoraciones desde una perspectiva, a su modo de ver, claramente científica<sup>10</sup>.

El objetivo del presente estudio, precisamente, es analizar el marco en el que Bentham desarrolla su Ciencia jurídica, para ver si, como apuntan Hart, Olivecrona y Cattaneo, ésta se fundamenta en criterios epistemológicos. Por ello, la pregunta a la que se intentará dar respuesta a lo largo de estas páginas será si Bentham realiza un análisis puramente avalorativo del Derecho o si, por el contrario, introduce elementos políticos en su configuración de la Ciencia jurídica.

Para ello se iniciará la investigación a partir del lema que Bentham propone para todo buen ciudadano, en su obra *A Fragment on Government*:

8. Cfr. OLIVECRONA, K., "The will of the sovereign: some reflections on Bentham's concept of «a Law»", *The American Journal of Jurisprudence*, 20, 1975, p. 97.

9. Cfr. *Ibid.*, pp. 107-110.

10. Cfr. CATTANEO, M. A., *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Giuffré, Milan, 1962, pp. 123-217.



“Obedecer puntualmente, censurar libremente”<sup>11</sup>.

Esta máxima es importante ya que la distinción entre el expositor y el censor, o entre la ciencia jurídica que estudia el Derecho que *es* y la que estudia el Derecho que *debe ser*, cobra sentido desde la defensa de la libertad de crítica. Por ello, como pretenderé mostrar, esta distinción, en el fondo, se sustenta en un criterio político y no, como defiende Hart, en un criterio avalorativo. El expositor, para realizar su labor, debe guiarse por el principio de utilidad, de tal forma que en su exposición acaban mezclándose hechos y valoraciones. Por otro lado, la obediencia puntual no supone una obediencia ciega en el pensamiento de Bentham. Con esta expresión, lo que Bentham intenta defender es que el utilitarismo es la única filosofía política que puede dar solución al problema de la obediencia en términos públicos, a diferencia de lo que sucede a su juicio en la teoría del Derecho natural, que lo hace en términos meramente particulares. El análisis del Derecho no es un análisis simplemente descriptivo sino fundamentalmente normativo; es decir, el expositor establece aquellos derechos y deberes en términos lo suficientemente públicos como para que los ciudadanos sepan qué es lo que deben obedecer.

Para Bentham, el fin primordial de toda sociedad está constituido por el principio de utilidad, es decir, consiste en alcanzar la mayor felicidad para el mayor número de personas. Este fin se logra, en primer lugar, en la medida en que existe un orden social; de ahí que la seguridad sea el fin subsidiario más importante para Bentham. El Derecho, precisamente, tiene por objeto lograr esa seguridad, mediante la creación y el mantenimiento de ese orden.

Pero, para lograr este objetivo, es preciso que el Derecho posea una serie de características propias, de manera que pueda cumplir

11. “Under a government of laws, what is the motto of a good citizen? *To obey punctually; to censure freely*. Thus much is certain: that a system that is never to be censured, will never be improved”. BENTHAM, J., *Fragment*, p. 399.

mejor el fin para el cual fue hecho. Esas características se encuadran dentro de la definición que da para toda ley:

“Una ley es un conjunto de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el *soberano* de un estado, en relación a la conducta que debe ser observada en un *caso* determinado por una persona o clase de personas que, en el caso en cuestión, están sujetas a tal poder o se supone que lo están. Contando como garantía del cumplimiento de esa volición con la expectativa de ciertos eventos que son queridos, tal declaración servirá como medio para traer al punto tales eventos; y la posibilidad de lo que es querido actuará como un motivo sobre aquél cuya conducta está en cuestión”<sup>12</sup>.

Así, toda ley debe ser la expresión de la voluntad de un soberano, en forma de mandato, acompañada por sanciones. Sin embargo, esta noción posibilita no sólo una mayor seguridad, sino también una obediencia más racional, ya que en este concepto, al separar las condiciones de validez de una ley de su mérito o demérito, lo que se consigue es que el cálculo de utilidades a la hora de obedecer, por un lado, no quede paralizado en la utilidad meramente presente, sino que se abra a la utilidad que se origina de las expectativas puestas en el futuro; y, por otro lado, que sea lo suficientemente público para que se puedan preveer sus consecuencias.

Para exponer mejor estas ideas, se ha estructurado el trabajo en dos partes: la primera está dedicada a la polémica con Blackstone en torno a la libertad de crítica en el Derecho y a establecer si existe algún límite a esta libertad. La segunda parte se centra en el estudio de la obediencia a la autoridad, a partir de la crítica de Bentham a la teoría del contrato originario, y la relación entre obediencia y libertad de crítica. Finalmente, todos estos elementos arrojarán una mayor luz sobre el papel que Bentham otorga a la Ciencia del Derecho.

12. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, HART, H.L.A. (ed.), Athlone Press, Londres, 1970, p. 1. En adelante se citará *OLG*.

## 2. EL EXPOSITOR Y EL CENSOR: LA LIBERTAD DE CRÍTICA

El combate entre Blackstone y Bentham comenzó cuando éste tenía dieciséis años y empezó a asistir a las *lectures* del primer profesor de Derecho inglés en Oxford. Bentham vio que en su época se habían realizado grandes avances en virtud del desarrollo científico. Sin embargo, en el ámbito de la legislación existía a su juicio un gran vacío que era necesario cubrir urgentemente. Sus esfuerzos por establecer una Ciencia de la legislación comenzaron poco después de asistir a las *lectures* y haber adquirido la primera edición de los *Commentaries*<sup>13</sup>. Es evidente, por sus primeros manuscritos, que el ámbito y el desarrollo de la exposición de Blackstone estuvo constantemente en su mente y modeló sus propios esquemas e ideas sobre el Derecho y la legislación.

“A través de él yo sé lo que sé: pero por él podría posiblemente no haber sabido nada. Sin él nunca podría haber inclinado mi mente infantil hacia esta ciencia tan severa. A través de él encontré, en lugar de disgusto, entretenimiento.

Si uno se sitúa en el punto en que él se quedó, si en algún punto de vista he visto más lejos que él, el mérito será más suyo que mío, pues no he sido más que el enano sobre los hombros del gigante.

De nada he obtenido tanta ventaja, dentro del campo de la legislación como del Mapa de la Ciencia del Derecho (*Map of Jurisprudence*) que permanece prefijado en su análisis. Aunque no comencé a obtener de él ningún beneficio hasta que encontré sus imperfecciones. Fue entonces, y nunca hasta entonces, cuando comencé a entenderlo”<sup>14</sup>.

13. BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England* (1765-69). Hemos usado la 15ª edición, realizada por A. Astrahan, Londres, 1809, reeditada por Professional Books Limited, Oxon, 1982, 4 vols.

14. UC xlvi, p. 99 (Esta abreviatura hace referencia a los manuscritos de Bentham que se hallan en el University College London. En números romanos aparece el número de la caja, y en arábigos el de las páginas). Citado en MACK, M., *Jeremy Bentham. An Odissey of Ideas (1748-1792)*, Heinemann, Londres, 1962, p. 123.

En la traducción del término *jurisprudence* se han utilizado las expresiones ‘Ciencia del Derecho’ y ‘Ciencia jurídica’. Cfr. WALSH, C., *The Dictionary of English Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1959, p. 1031; y, ALCARAZ

Bentham reconoció que Blackstone había sido el primero de todos los escritores que había enseñado la Ciencia jurídica con un lenguaje accesible a estudiantes y gente corriente. Sin embargo, la elegancia en el estilo podía llegar a ser no sólo un sustituto de una posible racionalización, sino que podía dañar todo intento de reforma en el campo de la moral.

De hecho, uno de los puntos del ataque a Blackstone radica en la antipatía que éste tenía hacia la reforma. No hay ninguna frase en los cuatro volúmenes de los *Commentaries* que le disgustase más obsesivamente que aquella en la que Blackstone se permite decir que ‘todo es como debería ser’ (*every thing is as it should be*), en un aspecto del Derecho en el que esto estaba lejos de ser verdad<sup>15</sup>. La frase se encuentra en el cuarto volumen de los *Commentaries*, dedicado a las injusticias o males públicos (*Of the public wrongs*)<sup>16</sup>; y la primera referencia de Bentham a este pasaje se encuentra en su *A Comment on the Commentaries*, en el capítulo primero<sup>17</sup>. Hay que resaltar, no obstante, que Bentham malinterpreta el sentido y la aplicación de la frase, ya que Blackstone la utiliza para reflejar el hecho de que desde el estatuto 29 Car. II c. 9 la herejía pasaba a ser castigada únicamente por la censura eclesiástica, y no por la civil.

Bentham creía que pensando de este modo (‘todo es como debería ser’) necesariamente se genera una hostilidad a todo tipo de cambio. En varios momentos de su *Comment* sugiere que Blackstone sufre una enfermedad que denomina ‘hidrofobia de innovación’.

VARÓ, E. Y HUGHES, B., *Diccionario de términos jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 180.

15. Cfr. BURNS, J. H., “Bentham and Blackstone: A Lifetime’s Dialectic”. *Utilitas*, 1/1, 1989, p. 24.

16. BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, p. 409.

17. *Comment*, p. 13.



“La hidrofobia de innovación tiende a disminuir las energías de la mente humana. Una catástrofe, una fuente de torpeza nacional, que inculca sumisión a la autoridad, no sólo en la *conducta*, que es una fuente de paz, sino en el *juicio*, que es una fuente de ignorancia y estupidez”<sup>18</sup>.

Desde esta apasionada defensa de la reforma se entiende mejor la distinción que en el Prefacio a su *A Fragment on Government* realiza entre Ciencia jurídica expositiva y censoria<sup>19</sup>:

“Hay dos posiciones, una de las cuales ha de ser asumida por quienquiera que tenga algo que decir sobre la cuestión jurídica: la del *Expositor* y la del *Censor*. Al ámbito del *Expositor* pertenece explicar lo que supone que *es* el Derecho: a la del *Censor* hacernos observar lo que él piensa que *debería ser*”<sup>20</sup>.

El ejercicio de Blackstone fue el propio del expositor; y su delito radica en el intento de aducir razones justificadoras para los elementos del sistema que estaba exponiendo. Al hacer esto, el expositor cae en el error de mantener que *lo que es* no es sino *lo que debería ser*. Por el contrario,

“Al *Expositor* corresponde exponer lo que el *Legislador* y su subordinado, el *juez*, han hecho *previamente*; al *Censor* le corresponde sugerir lo que el *Legislador debería hacer en el futuro*. Al *Censor*, brevemente, pertenece *enseñar* aquella *ciencia* que al cambiar de manos se convierte en un *arte*, la *práctica* del LEGISLADOR”<sup>21</sup>.

18. *Comment*, p. 346. En un pasaje de *Fragment* afirma: “Por este motivo, hace algún tiempo concebí el propósito de señalar algunos de los que a mí me parecen defectos capitales de la obra y, en particular, uno importante y fundamental: su apatía por la reforma”. *Fragment*, p. 394.

19. Para la traducción de estos dos términos hemos seguido la utilizada por MORESO, J. J., *La teoría del Derecho de Bentham*, PPU, Barcelona, 1992.

20. “To the province of the *Expositor* it belongs to explain to us what, as he supposes, the law *is*: to that of the *Censor*, to observe to us what he thinks it *ought to be*”. *Fragment*, p. 397.

21. *Fragment*, p. 398. Las cursivas y mayúsculas de los textos de Bentham son suyas.

La función del expositor puede concebirse, según Bentham, dividida en dos ramas: aquella que trata de exponer el Derecho tal y como *ha sido* en épocas pasadas de su historia; o aquella que presenta el Derecho tal y como *es* en la actualidad. La primera recibe el nombre de ‘exposición histórica’, mientras que la segunda el de ‘simple demostración’<sup>22</sup>.

Sin embargo, no toda exposición es la adecuada para llegar a conocer el Derecho existente. Es preciso realizar una sistematización de lo que se expone. Bentham propone una sistematización ‘natural’ frente a otra que denomina ‘artificial’<sup>23</sup>. La primera tiene en cuenta aquella cualidad que, con respecto a los actos en general, atrae y fija firmemente la atención del observador. Esa cualidad no es otra que “la tendencia o divergencia que puede mostrar [todo acto] hacia lo que podemos denominar *fin común* de todos ellos”<sup>24</sup>; y ese fin común no es otro que la utilidad, quedando erigida así en un principio que servirá para dirigir y orientar cualquier sistematización que se intente.

De este modo, la sistematización queda impregnada de elementos no sólo expositivos sino también críticos, ya que no sólo será una representación universal de la ciencia del Derecho tal y como es; sino que se convertirá también en un ligero esbozo de lo que debería ser.

“La *sinopsis* de tal intento constituirá un compendio de Ciencia jurídica *expositiva* y *ensoria*: servirá no sólo para instruir a los *sujetos*, sino también para justificar o reprobar al *Legislador*”<sup>25</sup>.

El segundo tipo de sistematización que podría ser llevada a cabo es la denominada sistematización artificial. Sin embargo, ésta, al estar gobernada por una nomenclatura meramente técnica, no

22. Cfr. *Fragment*, p. 414.

23. Cfr. *Fragment*, p. 415.

24. *Ibidem*.

25. *Fragment*, p. 416.

puede ser otra cosa que confusa e insatisfactoria<sup>26</sup>. El motivo del rechazo de Bentham radica en que en una sistematización de este tipo “escasamente hay una sílaba por la que el lector pueda sospechar en lo más leve que el asunto de que se trata se refiere a la felicidad o infelicidad”<sup>27</sup>.

Para Bentham, tanto en la moral como en la legislación, el principio de utilidad (la mayor felicidad para el mayor número) es el que presenta a la vista el placer y el dolor como la única fuente y prueba de lo correcto e incorrecto<sup>28</sup>. Por eso, frente a la sistematización artificial propone una sistematización natural en la que sí es posible encontrar dicha referencia, ya que

“Las instituciones se caracterizarían por el único modo universal en que pueden ser caracterizadas: por la naturaleza de los diversos *tipos de conducta* que, por estar prohibidos, constituyen *delitos*.”

Estos delitos habrán de ser agrupados en categorías, según los diversos tipos de *divergencia* que manifiesten respecto al *fin* común, esto es (como se ha dicho), según sus diversas formas y grados de *perjuicio*; en una palabra, según aquellas cualidades que constituyen las *razones* por las que se consideran *delitos*”<sup>29</sup>.

El principal problema de Blackstone se encuentra, a juicio de Bentham, en su método, puesto que, dada la excesiva tecnificación, es imposible encontrar en su sistemática elementos que permitan criticarlo. Para Bentham

“Los frutos de esta doctrina son de sobra visibles en el carácter de esa raza de hombres que nunca han faltado en la profesión. Una pasiva y debilitada raza, dispuesta a aceptar sin protesta y a contentarse con cualquier cosa, incapaz de distinguir lo bueno de lo malo, y sin indicación definida para alguna de estas cosas; insensible, miope, obstinada, abúlica y, sin embargo, predispuesta a sumirse en convulsiones por infundados

26. Cfr. *Ibidem*.

27. *Fragment*, p. 415.

28. Cfr. BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, BURNS, J. H. y HART, H. L. A. (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 11-16. Se utiliza como abreviatura de este libro las iniciales IPML.

29. *Fragment*, p. 416.

terrores, sorda a la voz de la razón y de la utilidad pública, obsequiosa únicamente para el susurro del interés y para los caprichos del poder”<sup>30</sup>.

Por el contrario, la censura, la posibilidad de crítica, debe estar en el corazón mismo de la empresa en la que Bentham se halla instalado, ya que es el único medio para asegurar que el Derecho, y los demás elementos que estructuran el orden social, discurren de modo tal que pueda asegurarse el fin para el que fueron creados:

“[L]a mayor felicidad del mayor número, que es la medida de lo bueno y de lo malo”<sup>31</sup>.

La libertad para cuestionar y criticar ha de ser realizada no sólo por el censor, sino fundamentalmente por el ciudadano, ya que, en palabras de Bentham,

“Bajo el gobierno de leyes, ¿cuál es el lema de un buen ciudadano? *Obedecer puntualmente, censurar libremente*. Una cosa es cierta: un sistema que nunca es objeto de censura, nunca progresará”<sup>32</sup>.

Bentham insiste continuamente en esta idea. Someter la propia conducta a la autoridad es esencial para la paz social, sin la cual ni la seguridad ni la felicidad pueden ser aseguradas. Sin embargo, esto no implica que uno deba someter el propio juicio, ya que, por esta segunda vía lo único que se consigue es ignorancia y estupidez<sup>33</sup>.

La esperanza de Bentham en 1770 era que la obediencia puntual junto con la ‘crítica’ libre y pública de las leyes consideradas perjudiciales, al conducir a ‘la mayor felicidad para el mayor número’, daría lugar a la ‘reforma’. Para conseguir esta meta puso en juego el ‘genio de la legislación’ que creía poseer; y los *Com-*

30. *Fragment*, p. 402.

31. “*It is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong*”. *Fragment*, p. 393.

32. *Fragment*, p. 399.

33. Cfr. *Comment*, p. 346.

*mentaries* de Blackstone constituían uno de los mayores ‘obstáculos’ para ese logro<sup>34</sup>.

La distinción entre Ciencia jurídica expositiva y censoria vuelve a aparecer cuando, precisamente, desarrolla lo que va a ser su Ciencia del Derecho; en concreto, al tratar del ámbito espacial de las leyes. Desde este punto de vista, Bentham distingue dos tipos de Ciencia jurídica: aquella que hace referencia a las leyes de una nación en particular, o Ciencia del Derecho local; y, aquella que tiene en cuenta las leyes de cualquier nación sea cual sea, denominada Ciencia del Derecho universal<sup>35</sup>.

Ahora bien, de entre la gran variedad de naciones que existe, es imposible, a juicio de Bentham, encontrar dos que puedan coincidir exactamente en sus leyes<sup>36</sup>. Esto, sigue manteniendo, es evidente si consideramos sus contenidos, su *sustancia*; pero es aún más evidente al considerar su *forma*, y al decir forma, Bentham se refiere aquí a la terminología. Entre los libros de Ciencia jurídica universal, Bentham considera dos clases: los que son expositivos y los críticos. El único caso en que un libro expositivo puede tener una aplicación universal tiene lugar cuando el objeto del que trata es la ‘importancia de las palabras’<sup>37</sup>.

Es en un libro de legislación crítica donde existe un mayor ámbito de desarrollo, ya que puede abordarse un estudio de aplicación universal de la *sustancia* de las leyes, como el que se hizo en relación a las palabras<sup>38</sup>.

“Que las leyes de todas las naciones, o incluso las de dos países coincidan en todos sus puntos, sería tan ininteligible como imposible: algunos puntos principales, quizá, parece haber, en relación a los cuales

34. Cfr. BURNS, J. H., art. cit., p. 39.

35. Cfr. *IPML*, p. 294.

36. “Ciertamente, no en el todo; quizá ni siquiera en alguno de sus artículos; y aunque hoy por hoy puedan coincidir en alguno, en el día de mañana no coincidirán”. *IPML*, p. 295.

37. Cfr. *IPML*, p. 295.

38. Cfr. *IPML*, p. 295.

las leyes de países civilizados podrían, sin inconveniente alguno, ser las mismas. Remarcar algunos de estos puntos será el fin del cuerpo de esta obra”<sup>39</sup>.

La distinción entre el expositor y el crítico aparece ahora condicionada por un elemento nuevo, que en el *Fragment* no aparecía: la universalidad de la Ciencia del Derecho. Desde este punto de vista, el expositor, por una parte, no puede realizar una ciencia meramente descriptiva, exponiendo el Derecho que ha existido o que existe en estos momentos, sino que debe considerar, para exponer correctamente el Derecho, su forma, su terminología propia, pero no la de un Derecho particular, sino la de todo Derecho posible<sup>40</sup>.

Para realizar este proyecto el expositor debe basarse en lo que Bentham denomina ‘lógica de la voluntad’ (*logic of the will*). De esta lógica,

“[L]a Ciencia del Derecho, considerada respecto a su forma, es el brazo más considerable, –la aplicación más importante. Es, respecto al arte de la legislación, lo que la ciencia de la anatomía al arte de la medicina”<sup>41</sup>.

En la definición de Derecho uno de los elementos que aparecen es que éste es la expresión de una voluntad. Bentham considera que existen cuatro tipos fundamentales de leyes dependiendo de las distintas formas o aspectos en que pueden ser expresadas.

Mandato (*command*) y prohibición (*prohibition*) son dos de los cuatro aspectos que puede tomar una ley y tienen la característica común, a juicio de Bentham, de que expresan un aspecto ‘directivo’, es decir, pretenden influir en la conducta de las personas a las que se dirigen<sup>42</sup>. Frente a estos dos aspectos, Bentham contrasta los otros dos restantes, permiso (*permission*) y no-mandato

39. Cfr. *IPML*, p. 295.

40. Cfr. *IMPL*, p. 295.

41. *IPML*, p. 8.

42. Cfr. *OLG*, p. 95.

(*non-command*), a los que denomina ‘neutrales’ por su falta de capacidad para influenciar decisivamente la conducta<sup>43</sup>.

Cuando el aspecto es directivo el mandato que lo expresa puede ser llamado mandato *imperativo*, *obligatorio*, o *coercitivo*: en el caso opuesto, *no-imperativo*, *no-obligatorio*, o *no-coercitivo*<sup>44</sup>.

Bentham caracteriza los mandatos y prohibiciones como formas de ley que originan una obligación, ya que expresan la intención de obligar, de que se actúe en conformidad a lo mandado o en, según el caso, lo prohibido. Por su parte, las otras dos formas son caracterizadas como no-obligatorias, al expresar la intención de no obligar o de no se actúe en conformidad. De este modo, la ‘lógica de la voluntad’ queda caracterizada como aquella lógica que tiene por objeto las relaciones entre las diversas formas de expresar una ley<sup>45</sup>.

Este plan, considerado respecto a su forma, respecto a su método y terminología, e incluyendo una panorámica del origen y conexión de las ideas expresadas en los términos jurídicos, es lo que Bentham denomina ‘Ciencia jurídica universal’ propiamente dicha (*Universal jurisprudence*)<sup>46</sup>.

Sin embargo, junto a la ordenación de los derechos y obligaciones, realizada a partir de los criterios suministrados por esta nueva lógica, debe existir un comentario de razones, una exposición de los principios que han llevado a legislar de una manera o de otra. Para Bentham,

43. Cfr. *Ibidem*.

44. “When the aspect is decided the mandate which contains the expression of it may be termed an *imperative*, *obligative*, or *coercive* mandate: in the opposite case, *unimperative*, *unobligative*, or *uncoercive*”. OLG, p. 96.

45. Un análisis interesante de la noción de mandato en Bentham puede encontrarse en LYSAGHT, L.J., “Bentham on the Aspects of Law”, *Bentham and the Legal Theory*, JAMES, M.H. (ed.), Northern Ireland Legal Quarterly, 1974, pp. 98-123; también en HART, H.L.A., “Bentham’s *Of Laws in General*”, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 105-126.

46. Cfr. IPML, p. 6-7.

“Un cuerpo de ley, tan completo como pueda ser, sería comparativamente inútil y no instructivo, a menos que estuviese explicado y justificado, y que cada título estuviese acompañado continuamente de un comentario perpetuo de *razones* (...). Debe haber, por ello, no un solo sistema, sino dos sistemas paralelos y conectados, marchando a la par, uno de provisiones legislativas, otro de razones políticas, cada uno proporcionando al otro conexión y apoyo”<sup>47</sup>.

Bentham pone las bases de cada uno de estos dos sistemas a lo largo de dos obras, fundamentalmente. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* representaría la parte dedicada a desarrollar cuáles son las razones ético-políticas de la legislación, y, por otra parte, en *Of Laws in General* desarrollaría la forma, la estructura que debe tener toda provisión legislativa, para que pueda ser considerada como tal. El expositor, por lo tanto, si quiere hacer una verdadera ciencia deberá empezar por considerar la forma propia de la ley; mientras que el censor se ocupará de los elementos materiales.

Pero la distinción surge no tanto porque entre ambas ciencias exista una separación conceptual no valorativa, sino que reside en un criterio político. Para Bentham, permanecer fiel al método propuesto por Blackstone significaba la sumisión no sólo en la conducta, lo cual es necesario para mantener la paz, sino en el juicio<sup>48</sup>. Si se quiere alcanzar la seguridad en una sociedad, y con ello la felicidad de sus miembros, es preciso que todos estén sometidos al Derecho. Pero este sometimiento en la conducta no debe llevar a un sometimiento en el juicio. La posibilidad de crítica debe estar siempre abierta, para que la sociedad no se limite a estar segura, sino que se mantenga ilustrada. La necesidad de una distinción plena entre la exposición y la crítica de la ley crece desde la consideración de las funciones propias de la ley y de una concepción de la sociedad a la cual sirve.

47. *IPML*, p. 9.

48. Cfr. *Comment*, p. 346.

Por lo tanto, el camino para dejar bien clara la separación entre exposición y crítica pasa por separar las condiciones de validez de una ley de las afirmaciones sobre su mérito o demérito. De ahí que para Bentham el ámbito de la crítica queda limitado en exclusiva al ámbito de las razones, sin penetrar en el de la validez<sup>49</sup>. Según Bentham,

“Hay un modo en que la censura, la crítica de la leyes, perjudica, más que beneficia, y esto ocurre cuando se pone en duda su validez; me refiero al caso de que se abandone la cuestión de la conveniencia (*expediency*) y se discuta sobre su conformidad (*right*)”<sup>50</sup>.

Las leyes, consideradas desde el punto de vista de su validez, no deben ser criticadas sino obedecidas. Para desarrollar esta idea, que corresponde a la segunda parte de este trabajo, se examinará ahora brevemente la crítica que Bentham realiza al contractualismo en su obra *A Fragment on Government*.

### 3. CRÍTICA AL CONTRACTUALISMO: LA OBEDIENCIA PUNTUAL

Según Bentham, existen dos ideas que están presentes continuamente en aquellos autores que defienden la tesis contractualista del origen de la sociedad: ‘los pactos deben ser observados por quienes los otorgan’ y ‘los hombres quedan obligados por los pactos’. Mediante estas dos ideas se intenta afirmar que dada la existencia de un contrato por el que el pueblo promete una obediencia general al soberano y, a su vez, éste se compromete a

49. A una conclusión similar llega POSTEMA, G. J. en *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 302-336; y del mismo autor, "The Expositor, the Censor and the Common Law", *Canadian Journal of Philosophy*, 9, 1979, pp. 643-670.

50. *Fragment*, p. 402. En la edición castellana del *Fragment*, *Fragmento sobre el gobierno*, Aguilar, Madrid, 1973, LARIOS RAMOS, J. traduce el término *right* como *justicia*. Me ha parecido más conveniente traducirlo por *conformidad*, ya que esta palabra es más acorde con el término *validez*.

governar al pueblo promoviendo la felicidad, ese contrato constituye una razón para fundamentar la obligatoriedad de las normas emanadas del poder legislativo y, por ello, deben ser obedecidas<sup>51</sup>.

Este contrato originario entre el rey y sus súbditos carece, a juicio de Bentham, de realidad, ya que, como mantienen incluso sus mismos defensores, nunca ha existido. Con ello, no quiere negar la existencia de un estado natural en el que los hombres viven con anterioridad a la existencia de un gobierno, sino que intenta determinar cómo se ha producido el paso de este estado al político. Así, la diferencia entre el estado natural y el político radica no en la existencia de un contrato, sino en lo que Bentham denomina hábito de obediencia.

“Cuando cierto número de personas (que podemos denominar *súbditos*) tienen el *hábito de obedecer* a una persona o a una asamblea de personas que reúnen ciertas características (a quienes podemos llamar *gobernante* o *gobernantes*), el conjunto de todos (*súbditos* y *gobernantes*) vive en estado de SOCIEDAD política”<sup>52</sup>.

Frente a este tipo de sociedad se encuentra la sociedad natural, en la que el único hábito que poseen las personas es el de relación recíproca entre unas y otras, sin que exista ninguna autoridad a la que se preste obediencia. Entre ambos estados o tipos de sociedad no existe, a juicio de Bentham, una neta separación, unos límites precisos, ya que lo que ha sucedido históricamente es un tránsito de un estado a otro de modo gradual, dependiendo de la perfección en que se encuentre el hábito de obediencia. De hecho podría suceder que se retrocediese de la sociedad política a la natural por la imperfección del hábito<sup>53</sup>.

51. Cfr. *Fragment*, p. 441.

52. “When a number of persons (whom we may style *subjects*) are supposed to be in the *habit* of paying *obedience* to a person, or an assamble of persons, of a known and certain description (whom we may call *governor* or *governors*) such persons altogether (*subjects* and *governors*) are said to be in a state of *political SOCIETY*”. *Fragment*, p. 428.

53. Cfr. *Fragment*, p. 429.



Para Bentham, todo hábito requiere un conjunto de actos de un mismo tipo; así, el hábito de obediencia depende de la repetición de actos de obediencia, de actos ejecutados en virtud de una manifestación de la voluntad de un superior. Desde este punto de vista, la mayor o menor perfección del hábito de obediencia dependerá de la proporción que guardan entre sí los actos de obediencia y los de desobediencia<sup>54</sup>. De este modo, toda sociedad se halla en un punto intermedio entre el estado natural puro y el social puro, acercándose a uno de esos dos polos dependiendo del número de actos de obediencia o desobediencia que se produzcan.

“Por consiguiente, el gobierno es más perfecto cuanto mayor sea el hábito de obediencia, apartándose de esa perfección cuanto menor sea dicho hábito, hasta aproximarse al estado de naturaleza”<sup>55</sup>.

Por ello, a juicio de Bentham, la justificación de la sociedad y del gobierno no puede establecerse desde las tesis del contractualismo, sino que el único modo de hacerlo es en virtud de la utilidad que supone la obediencia al soberano.

Además, aun manteniendo la idea de que el gobierno y la sociedad se fundan en un contrato por el que los individuos se someten a un soberano y éste promete gobernar promoviendo la felicidad, es necesario preguntarse, según Bentham, qué significa gobernar promoviendo la felicidad y, junto a esto, cuándo un soberano actúa de tal modo en contra de la felicidad de sus súbditos que es mejor no seguir obedeciéndole<sup>56</sup>.

La respuesta a la primera pregunta la encuentra Bentham al indicar la razón por la que un ciudadano mantiene sus promesas, que no es otra que su utilidad, el beneficio que reporta el cumplirlas. En el fondo, a juicio de Bentham, los contractualistas lo que hacen no es otra cosa que camuflar el principio de utilidad,

54. Cfr. *Fragment*, pp. 429-430.

55. *Fragment*, p. 429.

56. Cfr. *Fragment*, p. 441.

dando un rodeo para llegar al mismo sitio al que se llega siguiendo dicho principio.

Para fundamentar el origen del poder político, las obligaciones que éste impone, y determinar los límites de esas obligaciones basta la utilidad, ya que los pactos deberán cumplirse y las obligaciones respetarse, en la medida que lo aconseje la utilidad, es decir, en la medida en que se consigue una mayor felicidad mediante tal cumplimiento<sup>57</sup>.

Junto a esto, acudiendo al principio de utilidad es más sencillo saber cuándo los gobernantes violan el fin de la comunidad, que no es otro que la felicidad de sus gobernados, de modo que el deber de estos de obedecer al soberano dependerá del beneficio que les pueda otorgar.

“Siendo la razón por la que los hombres deben mantener sus promesas la ventaja de la sociedad, esta es la razón por la que los *Reyes*, por una parte, al gobernar deben mantenerse dentro de las leyes establecidas, y (hablando universalmente) abstenerse de toda medida que tienda a la infelicidad de sus súbditos; y, por otra parte, por la que los *súbditos* deben obedecer a los reyes en tanto que estos se conduzcan en la forma dicha, o, en otras palabras, *en tanto que el probable perjuicio de la obediencia sea menor que el probable perjuicio de la resistencia*, ya que si se considera la comunidad entera, su *deber* de obedecer llega sólo hasta allí donde llega su *interés* y no más”<sup>58</sup>.

Si el cumplimiento de las promesas es obligatorio o no, no se debe, a juicio de Bentham, a que sean ellas válidas o inválidas por sí mismas, sino por alguna circunstancia extrínseca que es causa de la obligación de la promesa. Esa circunstancia viene enmarcada por

57. Cfr. *Fragment*, p. 444.

58. “(...) and, on the other hand, why *subjects* should obey kings as long as they so conduct themselves, and no longer; why they should obey in short *so long as the probable mischiefs of obedience are less than the probable mischiefs of resistance*: why, in a word, taking the whole body together, it is their *duty* to obey, just long as it is their *interest*, and no longer”. *Fragment*, pp. 444-445.

el principio de utilidad, y no es otra que el beneficio o perjuicio que se obtenga de su cumplimiento<sup>59</sup>.

Sin embargo, aunque se admitiese hipotéticamente la posibilidad del contrato, siempre y cuando el fundamento de éste sea la utilidad, Bentham reconoce no sólo la insuficiencia de esta teoría, sino también su gran peligrosidad, ya que, con el contrato se admitía la existencia de un Derecho natural por el que no debía tolerarse ninguna ley humana que se opusiese a sus normas<sup>60</sup>.

Para Bentham acudir al Derecho natural o a la razón como criterio de validez de una ley equivale a acudir a opiniones meramente privadas, ya que detrás de las nociones de Derecho natural o razonabilidad se esconde el principio de simpatía/antipatía<sup>61</sup>. La consecuencia que trae consigo este principio es impeler a un hombre, por imperativo de su conciencia, a rebelarse contra cualquier ley que no sea de su agrado.

“Si en lugar de razón nuestro Autor [Blackstone] hubiese hablado de utilidad, él habría dicho algo. Se habría referido a la fundación de nuestro juicio, a algo distinto del juicio mismo. Se habría referido al cálculo fundamentado sobre una cuestión de hecho”<sup>62</sup>.

Por el contrario, desde un punto de vista utilitarista, antes de obedecer una norma siempre hay que calcular primero en relación a la ventaja o desventaja que se obtiene al obedecerla. Si es ventajoso, existirán razones para que se cumpla con lo obligado, pero si no lo es, se podrá desobedecer.

Sin embargo, esto no significa que la obligación de seguir una norma dependa únicamente de un interés meramente personal o egoísta de las personas, ya que el interés individual no queda encerrado en los placeres y dolores que éste pueda obtener en

59. Cfr. *Fragment*, p. 445.

60. Cfr. *Fragment*, p. 485.

61. Cfr. *IPML*, pp. 21-31.

62. Esa cuestión de hecho no es otra que el placer o dolor que se deriva de cumplir o no con la promesa. *Comment*, p. 199.

el momento presente, sino que ese interés, en la medida en que depende de los intereses de los demás, debe también tenerlos en cuenta. Ahí es donde obtiene justificación toda forma de gobierno. La sociedad política aparece con el fin de asegurar la vida y los bienes de cada uno de los individuos frente a los demás no sólo en un momento determinado, sino, algo que es más importante, a lo largo del tiempo, asegurando las expectativas que cada uno pueda tener.

“El verdadero vínculo político está en el inmenso interés de los hombres en mantener un gobierno; porque sin gobierno no hay familia, no hay seguridad, no hay propiedad, no hay industria. Aquí es donde debe buscarse la base y la razón de todos los gobiernos, cualesquiera que sea su origen y su forma; y comparándolos con su objeto, es como puede razonarse sólidamente sobre sus derechos y sus obligaciones, sin necesidad de recurrir a supuestos contratos, que solamente pueden servir para producir disputas interminables”<sup>63</sup>.

Y es precisamente desde este punto de vista donde se advierte la necesidad de separar la validez y, por lo tanto, la obligatoriedad de una norma, de su conveniencia o inconveniencia. Como se ha visto, la obediencia a toda ley debe pasar, a juicio de Bentham, por un cálculo de utilidad, ya que todo deber se basa en el interés. Sin embargo, si la validez dependiera del contenido, de su conveniencia o inconveniencia, todo el cálculo quedará reducido a la utilidad meramente particular, con lo que se podría llegar a un estado de guerra continuo, ya que habría tantos cálculos de utilidad como personas particulares existen.

Al separar la validez de una provisión de su contenido, por un lado, se amplían las razones para calcular, y no sólo hay utilidad presente sino también futura<sup>64</sup>; y, por otro lado, se consigue que

63. BENTHAM, J., *The Theory of Legislation*, OGDEN, C.K. (ed.), Kegan Paul, Londres, 1931, p. 74.

64 Al unir el cálculo particular con lo presente y el cálculo general con el futuro lo que pretende Bentham, a mi juicio, es precisamente establecer, por un lado, una crítica a todas aquellas teorías que, como las que sostienen los

el cálculo sea público, de modo que éste permanece a la vista de todos. El Derecho en tanto que previsión, considerado independientemente de su contenido lo que hace es asegurar los intereses más allá del momento presente. De este modo, el Derecho en sí mismo considerado adquiere un valor fuerte, el de asegurar un orden de modo público, de suerte que entra a formar parte del cálculo como un elemento más.

De ahí que, a juicio de Bentham, no sea aconsejable romper con las resoluciones adoptadas por soberanos anteriores. La aconsejabilidad no radica en su mayor o menor razonabilidad, sino en que se han convertido en reglas establecidas, y por ello, en hábitos.

“¿En qué medida una resolución que destruye otra anterior es peligrosa? En la medida en que hace peligrar la expectativa de los hombres, y destruye la confianza que pueda existir en la estabilidad de cualquier regla de Derecho, sea razonable o no: una estabilidad de la que depende todo aquello que es valioso para el hombre”<sup>65</sup>.

Para Bentham la legislación no tiene otro objeto que la felicidad de la sociedad política; sin embargo, esta felicidad se compone de cuatro objetos subordinados: la subsistencia, la abundancia, la igualdad y la seguridad<sup>66</sup>. Estos diversos fines podrían, según Bentham, entrar en conflicto entre sí, debiéndose dar entonces

defensores del Common Law, el Contrato social o el Derecho natural, se quedarían en cálculos meramente particulares y, por ello, contingentes; y, por otro lado, presenta el principio de utilidad como el único criterio posible para dirimir las cuestiones en un ámbito público.

65. *Fragment*, p. 409.

66. Cfr. BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, p. 302, en BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Tait, Edimburgo, 1838-43, vol. 1. Esta colección ha sido reeditada por Thoemmes Press, Bristol, 1995, 11 vols. (Se citará bajo la abreviatura *Bowring*, indicando tanto la obra citada como el volumen de la colección).

A pesar de su insistencia en desglosar la felicidad de la sociedad política en cuatro objetos subordinados me parece que en sus escritos no queda justificada esta división. Estos fines quedan, por ello, meramente supuestos, en la medida en que forman parte de una nueva teoría social.

prioridad a la seguridad. La razón de esta prioridad radica en que sólo ella es capaz de abrazar de modo necesario lo futuro: la subsistencia, la abundancia y la igualdad pueden ser consideradas referidas a un sólo momento<sup>67</sup>; sin embargo,

“[L]a seguridad expresa la extensión dada, en materia de tiempo, a todos los bienes a que se aplica. La seguridad, por ello, es el objeto preeminente”<sup>68</sup>.

Los hombres no se mueven en el puro presente, sino que las expectativas que poseen unen su vida presente con la futura, pasando incluso a generaciones venideras<sup>69</sup>. De esta forma, la disposición de expectación hace posible planear el futuro y proteger ese futuro, mediante las leyes. Del mismo modo, la capacidad del hombre para gozar y poseer no se cierra, como en los animales, al momento presente, sino que es susceptible de penas y de placeres anticipadamente, haciéndose, por ello, necesario asegurar las posesiones en cuanto que es posible su pérdida en el futuro<sup>70</sup>. Ahí radica, a mi juicio, el valor que posee el Derecho para Bentham en la sociedad, que no es otro que el de crear y asegurar un orden social.

“Este bien inestimable, indicio distintivo de la civilización, es obra enteramente de las leyes. Sin leyes no hay seguridad: por consiguiente no hay abundancia, ni aun subsistencia cierta, y la única igualdad que puede existir en este estado es la igualdad de desgracia”<sup>71</sup>.

De ahí que el principal objeto del Derecho sea proveer la seguridad a todo ciudadano en las relaciones que cada uno tiene con los otros ciudadanos y con las autoridades gubernamentales. En ambos casos la tarea del Derecho es doble. Por un lado, los

67. Cfr. *Ibid.*, pp. 302-303.

68. *Ibid.*, p. 302.

69. Cfr. *Ibid.*, p. 307.

70. Cfr. *Ibid.*, p. 308.

71. *Ibid.*, p. 307.



derechos, deberes y obligaciones deben ser definidos y distribuidos, de modo que todo el conjunto de relaciones sociales en el que cada individuo vive, quede determinado por el Derecho<sup>72</sup>, de la misma forma que los sucesos físicos vienen determinados por las leyes de la naturaleza física. Por otro lado, esta estructura debe ser llevada a ejecución y efecto, deber ser aplicada y exigida. Esta segunda tarea comprende, por ello, dos funciones: la sintonización y adaptación de la estructura creada a través de la adjudicación; y su mantenimiento a través del cumplimiento<sup>73</sup>. Bentham asigna esta última función al Derecho penal, mientras que la función de distribución y redefinición queda reservada al ámbito del Derecho civil.

La tarea principal del Derecho es, por lo tanto, definir públicamente las relaciones sociales y políticas; el Derecho penal no es sino un medio auxiliar en esta empresa. De este modo, el Derecho no es primariamente regulativo, aunque una de sus funciones sea regular, sino fundamentalmente constitutivo, ya que asegura una realidad social que hace posible el logro de la mayor felicidad de los individuos.

“El legislador no es el dueño de las disposiciones del corazón humano, sino solo su intérprete y ministro. La bondad de sus leyes depende de su conformidad con la esperanza general”<sup>74</sup>.

De este modo, la seguridad, de cada persona y de su propiedad, es un elemento crucial dentro del pensamiento de Bentham. Las mejores leyes serán, por lo tanto, aquellas que produzcan una mayor felicidad en la comunidad, pero no en un instante determinado, sino en la medida en que abracen el futuro. Por ello, la decisión acerca de la obediencia o desobediencia a las leyes debe corresponder a cada individuo en particular, pero no como materia de

72. Cfr. *Ibid.*, pp. 308-309.

73. Cfr. POSTEMA, G. J., *op. cit.*, p. 175.

74. *Principles of the Civil Code*, Bowring i, p. 322.

preferencia personal sino de acuerdo con un criterio externo y público.

El principio de utilidad queda constituido como el único criterio público por el que puede ser juzgada toda acción, toda ley o toda institución. Así, sólo desde este principio es posible determinar aquellas leyes que poseen el carácter de obligatoriedad, y, por lo tanto, que deben ser obedecidas. De este modo, se advierte, a mi juicio, el carácter político de la teoría jurídica de Bentham, ya que su concepto de Derecho estará determinado por el fin para el cual ha sido creado: la seguridad de la comunidad.

#### 4. LA CIENCIA DEL DERECHO DE JEREMY BENTHAM

Una vez desarrollados los argumentos en los que, a mi juicio, se despliegan las ideas centrales de la obra de Bentham, cabe preguntarse si su Ciencia jurídica representa un análisis avalorativo, meramente descriptivo, del Derecho como sostienen Hart<sup>75</sup>, Olivecrona<sup>76</sup> y Cattaneo<sup>77</sup>, entre otros, o más bien encontramos, como señala Postema, el principio utilitarista de maximización de la felicidad, el intento de desmitificar el *Common Law* y la seguridad como objetivo principal del Derecho<sup>78</sup>.

Siguiendo esta segunda posición, la crítica a la teoría del Contrato Social y al *Common Law* no sería simplemente una denuncia para concienciar a los ciudadanos, sino que se enmarcaría dentro de un proyecto general que Bentham se propuso en el comienzo de su trayectoria como reformador. Su fin primordial no es otro que la

75. Cfr. HART, H. L. A., "The demystification of the Law", *art. cit.*, p. 28.

76. Cfr. OLIVECRONA, K., "The will of the sovereign: some reflections on Bentham's concept of «a Law»", *art. cit.*, *passim*.

77. Cfr. CATTANEO, M. A., *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin, op. Cit.*, pp. 123-217.

78. Cfr. POSTEMA, G. J., *op. cit.*, cap. 5, 8 y 9.

creación de una Ciencia jurídica crítica que sirviese tanto al legislador como a los ciudadanos<sup>79</sup>.

Pero, como ya se ha dicho, para el desarrollo de esta ciencia, Bentham reconoce la necesidad de otra Ciencia complementaria, la expositiva. Su función sería desarrollar un aparato conceptual, técnico y normativo que haría posible la realización de un *Pannomion*, un cuerpo general de leyes.

La crítica al *Common Law* adquiere sentido desde esta perspectiva, ya que para llevar a cabo la empresa en la que Bentham se embarcó era necesario alterar el paradigma de lo que se venía considerando como Derecho, fundamentalmente porque el *Common Law* no reunía aquellos requisitos necesarios para poder fundamentar una Ciencia jurídica crítica.

“Es evidente que el plan llevará consigo la destrucción del Derecho consuetudinario o, como ha sido denominado incorrectamente, *Common Law*”<sup>80</sup>.

La Teoría general del Derecho<sup>81</sup> de Bentham aparece, por lo tanto, como el intento de proveer y, en muchos casos, crear *ex nihilo* los conceptos, la terminología, la estructura y aquellos principios necesarios para la construcción de un código racional y completo de leyes.

Esta ciencia auxiliar no será, por ello, una ciencia neutral o avalorativa, ya que su fin no es otro que el de servir como instrumento para la elaboración de un nuevo sistema jurídico. De ahí que el principio por el que se guíe el expositor deba ser el principio de utilidad.

79. Cfr. UC lxix. 195.

80. *OLG*, p. 310.

81. Bentham nunca utilizó esta expresión para referirse a su sistematización. El nombre que usó fue el de Ciencia jurídica universal (*Universal Jurisprudence*). Si se ha usado la expresión ‘Teoría general del Derecho’ es para sugerir la conexión del pensamiento de Bentham con el de la Filosofía del Derecho contemporánea.

“Está claro que en un cuerpo de leyes el objeto principal, y el único de importancia intrínseca, es el contenido: la forma no tiene importancia sino en virtud de la influencia que tiene sobre la naturaleza o la eficacia del contenido. (...) El principio fundamental que está en la base del sistema de leyes aquí presentado es el principio de utilidad: y el método aquí propuesto está pensado para mostrar cómo este principio ha sido seguido. Lo propio de este principio es marcar la línea sobre la que debe caminar el legislador; y el diseño de un plan como el aquí presentado es el de iluminar ese camino”<sup>82</sup>.

De este modo, para Bentham, la excelencia de todo sistema jurídico dependerá de dos puntos fundamentales: la materia o el contenido de la ley, y su forma o tenor<sup>83</sup>.

La Ciencia jurídica expositiva forma parte de ese plan de reforma del Derecho, pero no de una manera accidental, sino esencial, sin la que no sería posible el proyecto de reforma<sup>84</sup>. Por ello, no debe extrañar que a la hora de establecer los títulos de los trabajos que deberían acompañar a su obra *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, el décimo y último sea un

“Plan de un cuerpo de Derecho, completo en todas sus ramas, considerado respecto a su *forma*, método y terminología, e incluyendo una panorámica del origen y conexión de las ideas expresadas en los términos jurídicos, cuya exposición contiene todo lo que pertenece con propiedad a la *Ciencia jurídica universal*”<sup>85</sup>.

Esta Ciencia será similar, a juicio de Bentham, a la arquitectura y la anatomía. Por un lado, de la misma manera que en la arquitectura existe una nomenclatura para distinguir las diferentes clases de edificios y las diferentes partes en cada edificio, en el Derecho hay que proceder de igual modo, desarrollando una nomenclatura propia<sup>86</sup>. Por otro lado, respecto a la Ciencia jurídica censoria, o

82. *OLG*, p. 237.

83. Cfr. UC xxvii. p. 166.

84. *Ibidem*.

85. *IPML*, p. 6.

86. “¿Qué sería de la ciencia de la arquitectura si no tuviera fijada un nomenclatura propia –donde no hubiese nombres seleccionados para distinguir

también llamada arte de la legislación, la expositiva será lo que la ciencia de la anatomía es al arte de la medicina<sup>87</sup>. Con la peculiaridad de que esa anatomía refleja aquellos elementos que debe tener toda ley para que pueda darse la mayor seguridad posible, mediante el perfeccionamiento del cálculo de utilidad, cuando llega el momento de obedecer una ley. Además, una anatomía de este tipo permite, a juicio de Bentham, organizar de modo racional y sistemático los contenidos propios del Derecho.

Por ello, las reflexiones de Bentham sobre la naturaleza y estructura de la Ciencia del Derecho están enraizadas en la asunción de las condiciones sociales dentro de las cuales el Derecho, y las funciones que debe asumir, se originan. Bentham rechaza la concepción del Derecho y de la sociedad sustentada por Blackstone, ya que desde un punto de vista descriptivo era falsa, y políticamente presentaba muchas objeciones. Era falsa porque el pacto original, junto con lo que éste traía consigo, nunca había existido; presentaba objeciones porque apelaba a ese pacto para concentrar el poder en las manos de una minoría profesional.

A mi juicio, la polémica entre Bentham y Blackstone en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica, del *Common Law* y del Derecho natural revelan el carácter político de la filosofía de Bentham. Así, la distinción entre la ciencia jurídica expositiva y la censoria, o entre el expositor y el censor, aparece en el pensamiento de Bentham con el fin de poder separar el ámbito de la validez del Derecho, por un lado, del ámbito de su mérito o demérito, por otro. Al separar estos ámbitos se posibilita, a juicio de Bentham, la obediencia pública al Derecho, ya que quedará patente, a la vista de todos los ciudadanos, cuáles son las leyes que deben obedecerse; y, junto a esto, se hará posible la crítica a las instituciones jurídicas, permitiendo la reforma del Derecho.

las diferentes clases de edificios, ni las diferentes partes de un mismo edificio? Estaría como permanece en el presente la ciencia de la legislación, en relación a su forma". *IPML*, p. 308.

87. *IPML*, p. 8.