



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Monteverde Sánchez, Alessandro

La pena de muerte y sus aplicaciones técnicas en el pensamiento de Jeremías Bentham

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXV, noviembre, 2013, pp. 707-725

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173829696023>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://www.redalyc.org)

[redalyc.org](http://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA PENA DE MUERTE Y SUS APLICACIONES TÉCNICAS
EN EL PENSAMIENTO DE JEREMÍAS BENTHAM
[Death Sentence and its Technical Applications according to
Jeremías Bentham]

ALESSANDRO MONTEVERDE SÁNCHEZ*
Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, Chile

RESUMEN

El artículo analiza las doctrinas de Jeremías Bentham acerca de la pena de muerte y de su aplicación, expuestas sobre todo en su libro *Teoría de las penas legales*.

PALABRAS CLAVE

Jeremías Bentham – Pena de muerte – Suplicios crueles.

ABSTRACT

This article analyzes the doctrine of Jeremías Bentham about the death sentence and its application, especially put forward in his book *The Rationale of Punishment*.

KEYWORDS

Jeremías Bentham – Death sentence - Cruel tortures.

RECIBIDO el 22 de abril y ACEPTADO el 24 de agosto de 2013

* Profesor en la Universidad de Playa Ancha. Dirección postal: Departamento Disciplinario de Historia, Facultad de Humanidades, Universidad de Playa Ancha, Casa Central, 4° piso, Av. Playa Ancha, 850, Playa Ancha, Valparaíso. Correo electrónico: amontev@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

El examen del libro de Jeremías Bentham (1748-1832) publicado en 1825 bajo el título de *Teoría de las penas legales*, nos permite conocer una proposición, un sentir y un pensamiento acerca de la pena de muerte y de cómo ésta ofrece múltiples aspectos concernientes a su aplicabilidad, consistencia, efecto, impacto, consecuencias y aprobación o rechazo.

La sola acción de reflexionar acerca de la pena de muerte valorizan su posición en cuanto Bentham se manifiesta permanentemente, señalando los pro y los contra de esta pena, no dejando de lado, a mi entender, casi ningún aspecto fundamental de esta pena y sus efectos.

Bentham plantea su propuesta dentro de un abanico vital de situaciones, que se van interrelacionando entre sí, pero que cada una de ellas, es tan importante como la anterior.

La relectura del libro en cuestión tiene importancia para comprender cómo el peso de épocas anteriores, con sus distintas proposiciones de penología, pueden discernir y provocar nuevas propuestas que se pueden confrontar con autores contemporáneos. Además, nos propone en sinnúmero de improntas a quien leemos y hemos tenido la posibilidad de atesorar parte de su asombroso y genial legado.

II. LAS PENAS CAPITALES AFLICTIVAS

En la época en que escribe Bentham, un número considerable de suplicios afectivos habían sido eliminados, tales como la crucifixión y exposición a las fieras. Sin embargo, seguían vigentes en Europa el empalamiento, el fuego, el descuartizamiento y la rueda¹. Bentham hace notar que en todas ellas, a pesar de su permanencia o duración en el tiempo, no significa que estas por su naturaleza serán capaz de producir el efecto que se espera de ellas, agregando que “*una leve diferencia en el rigor aparente de la especie de muerte hiere la imaginación con una mayor fuerza; y la idea de la duración queda casi enteramente absorbida en la de la muerte*”².

Con relación a la descripción legal del suplicio, Jeremías Bentham plantea que en él nunca se hace resaltar el punto concerniente a su duración. Al respecto no se dice nada; y se obvia porque es naturalmente incierto, además de depender exclusivamente de la capacidad y fuerza corporal del individuo y de las distintas capacidades particulares. Es por esto que no atrae y menos llama la atención, acotando más adelante, que en relación al suplicio por medio de la ley podría

¹ Estos métodos de tortura correspondían a grandes rasgos en: clavar a un hombre o mujer en una picota por la boca, el ano o la vagina; llevarlos a una hoguera en un peregrinar en los famosos autos de fe; desmembrar los miembros superiores e inferiores a través de caballos o cortes de hacha y estirar a los individuos en una gran rueda para que murieran en forma cruel producto del estiramiento y descuartizamiento.

² BENTHAM, Jeremías, *Teoría de las penas legales* (Paris, Imprenta de J. Smith, 1825), II, p. 5. En adelante esta obra será citada como *Teoría*. Advierto que se ha modernizado la ortografía de esta traducción al castellano de su época.

declararse el término de la duración del mismo e indicar el número de minutos, horas y días de su prolongación. Esto sería un medio para forzar la atención sobre esta circunstancia, sabiendo que sería imperfecto para el fin mismo, porque la idea de la duración del suplicio por un efecto natural del entendimiento humano, se concibe siempre de forma débil aportando muy poco en la imaginación. El creador de la deontología³ explica que puede hacerse sensible la intención del suplicio por medio de una obra de arte, como puede ser una pintura, pero no se puede representar el tiempo del mismo o su duración⁴, graficándolo de la siguiente manera: “*Es posible pintar el fuego, ruenda, agonía y convulsiones de un moribundo medio consumido ó despedazado; pero no pueden trasladarse á un cuadro los momentos*”⁵.

Importante es resaltar a la vista de la justicia, que la circunstancia de la duración adquiere más peso. Pero debemos hacer notar que la prolongación del suplicio ha agotado el efecto verdadero después de un cierto tiempo y se manifiesta entonces en el alma de los observadores y en el mismo público, un cariño y afecto bien entendido por el suplicante, creando el efecto que se quería lograr o producir originalmente. Ante ello “*Se sigue la piedad, se indigna el corazón, y deja oírse el grito de la humanidad ofendida*”⁶.

Estos trágicos espectáculos traerán consigo graves incidentes, en donde la población que asiste al espectáculo comienza a sufrir desmayos y convulsiones mortales.

Debemos señalar que esta cruel justicia y las espantosas relaciones suyas que se exponen, son el verdadero fundamento de aquella antipatía que se forma contra las leyes y lo ministros que las imponen. La población sentirá despecho hacia la normativa y la autoridad, facilitando la multiplicación de los delitos y favoreciendo la impunidad de los culpables. Bentham reflexiona sobre ello, haciendo un llamado de alerta y al mismo tiempo, una crítica al rol de bienestar social que deben cumplir los gobiernos: “*Un gobierno que quiere conservar estas atroces penas, no puede alegar más que una sola razón para ello; y es que él ha hecho tan desastrada la condición habitual de los pueblos, que ya no es posible contenerlos con moderadas penas*”⁷.

³ BENTHAM, J., Jeremías, *Deontología o ciencia de la moral* (Valencia, Librería de Hallen y sobrinos, 1835). Obra póstuma del autor, donde define el concepto en el capítulo 2º, con el título de “*Qué cosa sea deontología – Por qué se ha adoptado esta denominación*”, p. 19.

⁴ BENTHAM, J., *Teoría*, p. 6.

⁵ *Ibíd.*, pp. 6 y 7.

⁶ *Ibíd.*, p. 7.

⁷ *Ibíd.*, p. 8. Esto está referido a un ejemplo que se cita a propósito de MALEBRANCHE en *Recherche de la vérité*, libro II, cap. 8º: “*Hace unos siete á ocho años que se veía, en los Incurables, un joven que había nacido loco, y cuyo cuerpo estaba roto en las mismas partes en rompen á los reos. Vivió en ese estado cerca de veinte años; muchas personas le vieron; y habiendo ido la difunta reina madre á visitar este hospital, tuvo la curiosidad de verle, y aun de tocar los brazos y piernas de este joven en los lugares que se hallaban fracturados. Según las reglas que acabo de establecer, la causa de este funesto suceso consistió en que habiendo sabido su madre que iban á romper á un reo, fue a verle ajusticiar. Cuantos golpes dieron á este infeliz hirieron con fuerza en la imaginación de aquella madre, y de rechazo en el tierno y delicado cerebro de su hijo*”.

A la interrogante, de si en los países donde se ignoran los suplicios más terribles, se cometen más actos delictuales, la respuesta que nos da el autor es negativa, argumentando el jurisconsulto inglés que los más crueles salteadores se han formado en forma especial en sitios o lugares donde imperan las más terribles y crueles leyes, ante lo cual, no debemos asombrarnos o sorprendernos, si quien delinque se “*endurece tanto para con los otros como para consigo mismos*”⁸. La sociedad y en el caso particular el delincuente, se presentan como verdaderos enemigos a muerte ante las determinaciones bárbaras del Estado, justificando las acciones delictuales como sucesos propios de unas simples represarías.

Bentham, ejemplifica en Francia⁹ y su Asamblea Constituyente los cambios de paradigma en relación a los suplicios alictivos. El Código Penal napoleónico¹⁰, no admitía otra pena de muerte que la decapitación y excepcionalmente en casos extremos como el parricidio o el atentado contra la vida del soberano, agregando entonces, a la pena simple de muerte, una pena alictiva muy característica: la mano cortada.

En cuanto a Inglaterra, no había pena capital alictiva, sin embargo existía alguna excepción en caso de lesa majestad¹¹, teniendo que enfrentar el culpable, ser amarrado ante la cola de un caballo y arrastrado desde donde se encontraba prisionero hasta el lugar donde se administraría justicia. Posteriormente, debía ser ahorcado, evitando que la soga causase la muerte. Mientras el condenado estaba colgado, se le arrancaban y quemaban las entrañas. Finalmente, era decapitado y sus miembros separados para ser expuestos en lugares públicos para escarmiento y ejemplo a la población¹². A pesar de que la pena no era ejecutada y el rey la conmutaba por una simple pena de muerte, ésta aún persistía en la normativa inglesa vigente.

Pese a que el autor que critica severamente las disposiciones que son anacrónicas¹³, pasa revista a un suplicio alictivo más grave, doloroso y cruel, el cual no se encontraba abolido y que se ejecutaba en las Indias Occidentales, donde declarada la sentencia se “*Prenden de una horca al ajusticiado con medio [sic] de un gancho que le coge por debajo de los hombros, ó hueso del pecho. Está prohibido, bajo severas penas, el darle alivio ninguno. Permanece expuesto allí durante el día, bajo un cielo raso, á los abrasados rayos de un sol casi vertical; y durante la noche, a los fríos y húmedos vapores de aquel clima. La piel, que se despedaza, atrae una infinidad de*

⁸ Ibíd., J., p. 9.

⁹ La tortura preparatoria fue derogada en Francia por Luis XVI, el 8 de mayo de 1788. Página 36, citando a A. Mellor, *La tortura*, p. 185, en GRIMA LIZANDRA, Vicente, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch - Universitat de Valencia, 1998).

¹⁰ El *Code Pénal* fue promulgado por Napoleón Bonaparte en 1810.

¹¹ El *crimen laesae majestatis* era el que se cometía contra el monarca.

¹² BENTHAM, J., *Teoría*, p. 10.

¹³ BENTHAM, J., Jeremías, *Tratado de los sofismas políticos* (Madrid, Imprenta D. L. Amarita, 1838). Se refiere a esta temática el autor de la siguiente manera: “*Nosotros, los hombres que vivimos en el siglo XIX, en lugar de consultar nuestros intereses propios, ¿Deberemos guiarnos ciegamente por los hombres del XVIII?* (pp. 69-70).

*insectos que llegan a alimentarse de su sangre; y expira el infeliz lentamente en medio de los tormentos del hambre y sed*¹⁴.

El suplicio anteriormente expuesto, escapa a toda imaginación de crueldad humana. Digna entre aquellos seres humanos que han inventado los suplicios pero que con este, han sobrepasado el límite. Quienes han sufrido este castigo, han sido los esclavos negros, que fueron tomados prisioneros cuando se rebelaron. Estos esclavos africanos, de gran y robusta contextura, padecieron algunos de ellos hasta diez o doce días el martirio diario de la agonía, antes de que llegara la muerte. Se aplicaba dicha pena para contener la fuerza y furia de esto seres humanos, porque no bastaba con solo la pena capital para dar escarmiento, sino que, debían mostrar al resto de la población el sufrimiento que les esperaba si osaban luchar por su libertad e ir contra el orden establecido. Ante lo expuesto, Bentham concluye que: *“Es cierto que las penas, para ser eficaces, deben tener una proporción con el estado medio de satisfacción de los individuos. Pero véase á lo que esto conduce. El número de los esclavos en aquellas colonias, es con respecto al de los blancos, de seis á uno con corta diferencia. Supóngase trescientos mil negros y treinta blancos. He aquí pues trescientos personas retenidas en un estado, en que la existencia, calculándola toda, es peor que la muerte; y de toda esta creación de miseria lleva el objeto de mantener á treinta mil personas en una condición, que no tiene nada de más feliz que la de treinta mil individuos, tomados al acaso, en el país en que es desconocida la esclavitud*¹⁵.

Ante lo descrito, señala que es importante el azúcar, el café y otros productos que se extraen de las distintas islas del Nuevo Mundo y que estos productos ciertamente mejoran la vida de los europeos, ¿pero el alto precio que se paga es necesario hacerlo de esta forma? ¿No se puede lograr sin tener a 300.000 hombres en tan espantosa servidumbre? Frente a lo cual no deja de mencionar lo siguiente: *“Estoy sin embargo bien convencido de que los defensores de estos suplicios ponderan para justificarlos, las miserias de las servidumbre y la indiferencia de los esclavos para la vida. Si estos últimos se hallaran en aquel estado de desdicha, que puede hacer indispensables tan atroces leyes, estas mismas leyes serian ineficaces para reprimirlos; porque no quedándoles ya nada que temer, ninguna cosa seria digna del miramiento suyo*¹⁶.

Por lo tanto, Bentham agrega que producto de lo anterior, se producirían cosas más funestas *“No se verían entre ellos más que motines y matanzas; y la desesperación engendraría horrendos espectáculos diariamente. Pero si á la vista de los siervos no está desnuda la existencia de todas las delicias suyas, el único argumento de esta ley se desvanece de sí mismo. Que los colonos reflexionen en esto. Si semejante código es necesario, las colonias son el oprobio de los colonos mismos*¹⁷.

¹⁴ BENTHAM, J., *Teoría*, p. 11.

¹⁵ *Ibíd.*, pp. 12-13.

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 13-14.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 14.

III. PROVECHOS Y PERJUICIOS DE LA PENA DE MUERTE

Es interesante señalar que esta pena tiene sus defensores y justificación, pero también sus detractores. Bentham enumera las siguientes, a saber, primero: la primera calidad de la pena de muerte es “*quitar la facultad de perjudicar*”, debido a que en cuanto “*se puede recelar de un delincuente, sea por la violencia de sus disposiciones, sea por el artificio de su conducta, se desvanece en el mismo instante*”, quedando “*pronta y completamente libre de un objeto de sobresalto la sociedad*”. Segundo: la pena es “*análoga al delito*”, cuando sea un homicidio. Tercero: ante lo anterior, se vuelve “*popular*”. Y en cuarto lugar, cumple la misión de ser ejemplarizadora, donde “*cuantos lugares se impone ella raramente, deja una larga impresión de terror*”¹⁸.

Al respecto, César Beccaria señala que la pena de muerte, hace mayor impresión en los hombres, debido a que nuestra sensibilidad se conmueve más fácil al ser éstas débiles pero repetidas, que contengan un impulso violento pero pasajero, donde “*Será por esta razón la muerte de un malvado un freno menos eficaz contra el crimen, que el dilatado y durable ejemplar de un hombre privado de libertad y convertido en un animal de servicio, para reparar con los trabajos de toda su vida el daño que él hizo a la sociedad*”¹⁹.

A lo anteriormente expuesto por el jurista italiano, Bentham plantea que los seres humanos harán lo que esté en sus manos para librarse de la muerte y que en relación a la pena capital existe “*una disposición universal á acusarla de una excesiva crueldad*”, agregando que frecuentemente en Inglaterra “*los jurados solicitan, como acto de clemencia, la sustitución de cualquiera otra pena, por más severa que ella sea en duración. Luego parece que hay en el ánimo humano una confusa y abultada idea de la intensión de las penas de una muerte violenta, y en tanto grado que este castigo, aunque tan pronto en los efectos suyos, produce una más viva impresión sobre el vulgo que las mas durables penas.*”²⁰.

Más adelante agregará varios antecedentes que vienen a enriquecer sus argumentos y ejemplifican aún más la realidad que vivían los acusados y sus efectos en la sociedad “*Aunque la pena aparente sea la mayor que hay, el sufrimiento real es menor que en las mas de las penas afflictivas. Estas, además de su intensión y duración, llevan tras sí con frecuencia unas consecuencias que alteran la complexión, y forman de la restante vida una continuada serie de dolores. En la pena capital, es instantáneo el sufrimiento, reduciéndose á una privación absoluta el mal*”²¹.

Esta pena consiste toda en el recelo, el cual se activa en la hora misma en que el delincuente cometió el delito. Semejante recelo no le deja sosiego ninguno durante las pesquisas judiciales. Se duplica cuando lo prenden. Aumenta su proporción cuando la substanciación del proceso hace más cierta la condenación suya, siendo colmado en el intermedio de la sentencia a la justicia²².

¹⁸ *Ibíd.*, pp. 15-16.

¹⁹ BECCARIA, César, *De los delitos y las penas* (Madrid, Alianza Editorial, 1994), p. 16.

²⁰ BENTHAM, J., *Teoría*, p. 17.

²¹ *Ibíd.*, p. 18.

²² *Ibíd.*, pp. 18-19.

Entonces, el argumento más sólido para justificar la pena de muerte, es el que resulta de estas dos circunstancias y consideraciones reunidas: por un lado, es la mayor pena en apariencia, la más poderosa, potente y ejemplar para la sociedad toda y por otra parte, es una pena menos rigurosa efectivamente, que lo que ella misma parece ser para la clase de origen abyecta, donde no hace más que dar un pronto y rápido éxito a una vida impaciente e inquieta, desastrada, envilecida y desnuda de todo valor de la realidad.

IV. CALIDADES PENALES DE QUE CARECE LA PENA DE MUERTE

Pasamos a continuación a desarrollar una serie importante de aspectos y puntos de reflexión propuestos por el autor referido a la pena capital que da a entender, que la muerte a veces no es el camino para satisfacer a la sociedad y al ofendido. Por una parte, la pena de muerte *“no es convertible en provecho; no proporciona resarcimiento ninguno a la parte damnificada; aun destruye la fuente de ello; porque el delincuente podría reparar con su trabajo una parte del mal que él hizo; y su muerte no repara nada”*. Por otra parte, la pena, *“es una pérdida, un gasto de lo que forma la fuerza y riqueza de una nación, de los hombres”*²³.

Reafirmando lo anterior y aludiendo a ciertos elementos importantes de la relación social, se ve *“que no puede estimarse el valor de un malhechor como igual al valor medio de cualquier otro individuo tomado al acaso [sic]. No vale un hombre más que por su industria y trabajo; pero la falta de una honrada industria y la aversión al trabajo, son las causas de los delitos más frecuentes. Los ladrones de profesión son los zánganos de la colmena; por lo mismo no es una pérdida la muerte suya más que en comparación a una pena tal como la prisión laboriosa, que puede reformarlos y hacerlos útiles”*²⁴.

Por otro lado, un punto importante bajo el que esta pena es sumamente defectuosa es la igualdad, donde *“ella es muy desigual, y muy incierta por consiguiente en su operación impeditiva”*²⁵.

En este momento Bentham desliza nuevas ideas acerca de cómo afecta la muerte a la mayoría de las personas y el efecto sobre los delincuentes. Para la mayoría de los hombres, la muerte es una pena con características muy fuertes, aunque existen muchos grados de terror en la misma. Luego reúnanse la clase de los más famosos delincuentes. Para unos la muerte es una pena desmesurada o desproporcionada para otros, es casi nula y para el resto un apetecible objeto.

La muerte entonces, significa la carencia o falta de todos los bienes, pero también la ausencia de todos los males. Por lo tanto, quien se viere tentado a delinquir y éste delito conlleva la pena de muerte, considerará *“por una parte la felicidad de que él puede gozar absteniéndose del delito; y por otra, todo el beneficio que se promete cometiéndole, incluso la contingencia de la pena que puede abreviar el goce de él”*²⁶.

²³ *Ibíd.*, pp. 19-20.

²⁴ *Ibíd.*, p. 20.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 20-21.

²⁶ *Ibíd.*, p. 21.

El autor alude al caso donde un delincuente se encuentre en un estado de plena dicha. Este hecho de algún modo no lo va a retener y no va a luchar contra ninguna cosa que impida la tentación de acometer ese acto, donde *“la contingencia de una muerte violenta, que le robará toda la utilidad del crimen, es una operación de restar que hay que hacer; pero aun después de hecha, se inclina todavía a favor de este delito”*²⁷.

Se puede señalar que es ésta la situación de la mayor parte de los delincuentes y/o trasgresores. Su existencia y vida no es más que un deplorable compuesto de numerosas especies de miserias y *“Se hallan en una continua calentura [sic] entre el temor de las leyes y necesidades siempre nuevas; y despojada así su vida de cuanto pudiera darle algún valor, no merecería la pena de ser conservada, si no fuera para el goce de algunos furtivos placeres que semejantes malvados no pueden conseguir más que por medio de delitos”*²⁸.

Por otro lado, en cuantos casos que se comete el crimen, ha sido ineficaz la pena de muerte. ¿Por qué lo ha sido? Nace de que ella se funda en la suposición de un sumo apego a la vida y que este apego no existe. O a lo menos, no se encuentra en proporción con la eficacia de los motivos seductivos²⁹. Pero cualquiera otra pena, sería igualmente inútil, porque para conseguir el fin habría necesidad de que esta pena fuese de una naturaleza capaz de quitar al delincuente la inclinación o facultad de cometer delitos. Pero, para esto, redúzcanlo a un estado que le haga apetecible o codiciable la muerte y la muerte es, entonces un recurso que no puede faltarle. Claro que esta conclusión sería justa, si un hombre se determinara tan fácilmente a darse la muerte, como puede sujetarse a recibirla. En este mismo aspecto, surgen algunos comentarios y preguntas a fines muy interesantes, donde quien *“desprecia la muerte jurídica, puede tener algunas esperanzas de impunidad, no ignora las contingencias que le favorecen: la pasión misma se le abulta; es por otra parte un suceso lejano cuya impresión se debilita con la distancia y aún cuando mirara el su estado como un oficio peligroso ¿no vemos abrazadas las más peligrosas profesiones por los hombres que tienen todos los motivos posibles de apego a la vida? ¿Carecen de trabajadores en las fábricas de pólvora, cuyas explosiones son tan frecuentes? Luego hay mucha diferencia entre exponerse a la muerte o dársela voluntariamente”*³⁰.

El escenario de la muerte viene presentada por un hombre resignado, que no reacciona, se encuentra pasivo, ya no es capaz de ver y pareciese que tuviera un velo sobre sus ojos. Vago en sus pensamientos, rodeado de múltiples observadores morbosos, donde *“es necesaria una primera voluntad, aún una segunda, tercera, y una serie de actos reiterados y sostenidos, para conducir el suceso a la conclusión suya. A los primeros asaltos de dolor, es preciso que el alma, inmutada ya, duplique sus esfuerzos para aumentarla todavía y hacerle fatal. Por lo mismo ¡cuántos suicidios empezados y no consumados! ¡La primera tentativa agotó el valor todo”*³¹.

²⁷ Ibid., p. 22.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid., p. 23.

³⁰ Ibid., pp. 23-24.

³¹ Ibid., pp. 24-25.

Continuando y ampliando las posturas acerca de la autoeliminación, se van hacer las siguientes distinciones entre el suicidio resuelto y uno ejecutado.

Se ha percibido con frecuencia, que aquellos hombres, que han estado resueltos o convencidos de morir, persuadidos hasta el extremo y profundo de su decisión, en un momento han invocado la ayuda de un tercero, para cumplir su mandato.³² Mientras que aquel que ha decidido ejecutarlo, se fundamenta en que existe en todos los hombres una disposición natural para permanecer satisfechos, luego que han logrado cierto estado o facultad, que le permite entonces satisfacerse de ello, donde “*no le realizará en el momento mismo: un día, le faltarán los medios; otro, habrá falta de valor; y nuevas casualidades acarrearán otros pensamientos. Se nota en el ánimo humano, igualmente que en la organización física, una portentosa aptitud para acomodarse á las molestas situaciones*”³³.

Todo esto se encuentra relacionado con la acomodación de los sentidos. La pérdida de un sentido hace que el otro aumente su sensibilidad. Si se pierde la vista se agudiza el tacto y el olfato. Así se equilibra la falta del anterior. Nos encontramos, entonces frente a la complacencia que el condenado, toma como algo aceptado, asimilado y que se ha acostumbrado a ver y asumir. Por lo tanto “*Todas las penas tienen sus momentos de interrupción; y estos pasajeros alivios, por el único efecto del contraste, se convierten en vivísimos gustos. ¡Cuántos hombres, caídos de la cumbre de los honores á un abismo de miserias, privaron á sus almas por grados de todos estos habituales gozos, y se formaron nuevos recursos!*”³⁴.

Podemos señalar entonces, que *la pena de muerte, es defectuosa en supremo grado por la desigualdad suya*. Además su aplicación y uso es incierta, muchas veces débil cuando es aplicada a la clase más corrompida y malévola de delincuentes, ladrones y salteadores profesionales.

Lo anterior se ve reflejado y expuesto en algunas cárceles y penitenciarías. Allí se ha notado por parte de los desviados³⁵ –delincuentes todos– una despiadada indiferencia frente al tema de la muerte, porque estos han logrado generar una construcción/estado de ver, percibir y denotar, este modo de finalizar su vida, como si fuera la muerte naturalmente suya. Ésta no les debe atemorizar más que sus fechorías. Desde aquí en adelante, se enfrentarán a ella como se desafía una bomba de cañón que atemoriza a los soldados.

V. LA PENA DE MUERTE NO ES REMISIBLE³⁶

Podemos señalar, que no existe persona entendida y versada en temas de

³² *Ibíd.*, p. 25, “*Saúl mandó a su caballerizo que le matara; Tiberio Graco, a su liberto; y Nerón a un satélite suyo*”.

³³ *Ibíd.*, p. 26.

³⁴ *Ibíd.*, p. 27.

³⁵ PAVARINI, Massimo, *Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (traducción al castellano, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2003). Se reemplazará el concepto de delincuente, loco o pobre, por el de desviado (pp. 62-63).

³⁶ La idea de que la pena de muerte no es remisible, pasa por el entendido que ésta, no puede, no debe y no quiere ser perdonada, disculpada, justificada o excusada.

procedimientos criminales y penales que no piense con pavor, espanto y pánico, al ver como pende la vida del acusado de un delito capital y, que no recuerde ciertos ejemplos de individuos que en alguna confusa circunstancia puso en claro su inocencia, cuando ya no quedaba nada más por hacer. Las contingencias del peligro son muy distintas, dependiendo del modo según se enjuicien. Aquellos que han admitido y/o aceptado un tormento, como práctica para sacar alguna confesión, reemplazando con ello las pruebas incompletas y quienes hacen secreta la substanciación, se encuentran completamente cercados, por decirlo de algún modo, de principios. Pero por otro lado ¿existen algunas figuras judiciales que puedan brindar certidumbre de preservarse siempre contra los lazos de la mentira y las ilusiones del error? Al respecto la respuesta es enfática: no. La absoluta seguridad es un punto de perfección al cual podemos acercarnos más de lo que hemos imaginado, sin poder arribar jamás a ella, considerando que todo testigo puede engañar o engañarse y aún el número de los que deponen, no es una infalible salvaguardia y en hechos concomitantes, las circunstancias más concluyentes en la hipótesis del crimen, pueden ser menos efectos de la causalidad o disposiciones preconcertadas por algunos cómplices.

Una de las pruebas fundamentales que produce convicción, o sea, la libre confesión del acusado, son algunos supuestos que han verificado ciertas personas, como en el caso del sortilegio, donde confesarse culpable, no tiene implicancia, sabiendo que el supuesto delito no era posible.

Por lo tanto, en estos asuntos no existen sobresaltos imaginarios, rescatados de simples probabilidades, porque la mayoría de los archivos criminales presentan en sus más famosos y conocidos ejemplares, horrorosas y sonadas equivocaciones, aunque hayan tenido la reputación de la honorabilidad. Por otro lado, es necesario hacer notar que en los casos en que se emplea con mucha profusión y reiteración la palabra evidencia, son frecuentes aquellos en que son más dudosos los testimonios que se dan a conocer en estos legajos.

En tanto, relacionado con el delito presunto es mayoritariamente el que estimula la mayor antipatía o enardece el espíritu. Esta presunción, convierte a los testigos casi sin saberlo, en acusadores. Esto no es más que los ecos del clamor del público. La fermentación recibe un nuevo aumento de sí misma y no se acepta ninguna duda.³⁷ Por otra parte, en estos casos donde las presunciones son más fuertes y más cercanas a la evidencia, se agolpan sobre la mente de un inculpado, cuya inocencia será reconocida después autojustificándose asimismo. Sin embargo, estos angustiantes juegos de la casualidad no rompen la confianza pública. “*Para producirse este efecto, es menester que en semejantes sentencias erróneas se noten algunas pruebas de temeridad, ignorancia, atropellamiento, obstinada adhesión á unas formas viciosas, últimamente aquellas sistemáticas preocupaciones que se forman en el ánimo de los jueces por estado*”³⁸.

La impresión que causa lo anteriormente expuesto nos lleva a lo siguiente. Un juez que permanentemente está observando actos y acciones perversas, malévolas y

³⁷ BENTHAM, J., *Teoría*, p. 31.

³⁸ *Ibíd.*

que es un frecuente testigo presente de los embustes, mixtificación, circunloquios e infundios que los reos imputados recurren comúnmente y aplica su destreza y sagacidad para descubrir la impostura, el fingimiento, y la farsa, va perdiendo poco a poco la credibilidad a la real inocencia de los acusados y por esta acumulación negativa, los observa y los ve de antemano como culpables, aunque sólo sea por un mínimo engaño. De ahí que *“cuando se trate de revestir á algunos hombres con una tan terrible facultad como la pena capital, es necesario tener presente que al poner en manos suyas este fatal cetro, no los hacen superiores á las debilidades humanas, no aumentan la inteligencia suya, ni les dan privilegio ninguno contra el error”*³⁹.

Pero lo expresado anteriormente no está consignado por la universalidad de los jueces. Bentham agrega que existe el riesgo y la amenaza de la pena capital en aquellos casos, donde esta sirvió de mecanismo o dispositivo a las pasiones de los hombres poderosos y que se han topado con ciertos jueces débiles, los cuales tienden al temor, el amilanamiento, como asimismo, a malear e infeccionar la sentencia. Cubierto, entonces los casos así, la iniquidad, vista en la justicia, puede liberarse tal vez de las sospechas y de todas las pruebas, por lo menos. Pero aún así, la pena capital presenta al perseguidor con el juez, una gran utilidad que no se podría encontrar en ninguna otra pena; se diría más quietud en el crimen, donde es sofocada, toda reclamación posterior y futura con la muerte, en que un oprimido, postergado y/o relegado, se encuentra además derrotado, desconsolado y abatido, donde puede hallar durante el trayecto que le queda de vida, una acertada circunstancia para poner de manifiesto su propia inocencia y a su propio vengador. Entonces justificado el asesinato jurídico con el público, por medio de una acusación falsa y calumniosa, va a asegurar el triunfo de aquellos o quienes lo han cometido. Esta situación, se agrava cuando los gobiernos caen en la anarquía o en tiranías, ahí se puede apreciar *“que la pena capital, establecida por las leyes, es un arma enteramente preparada, de que es mas fácil abusar que de todas las demás penas. Es verdad que un gobierno tiránico podria restablecer siempre la pena de muerte, aún cuando la hubiera suprimido el legislador; pero semejante innovacion no es tan fácil; pone ella muy á las claras la violencia, y despierta todos los sobresaltos”*⁴⁰.

Pero a pesar de la justificación, aceptación o contradicción, la pena de muerte conlleva *per se* otra dificultad, al momento de administrar justicia a través de ella. Esto es la *destrucción de una fuente de pruebas testimoniales*. Bentham, a propósito de lo anterior, nos hace reflexionar que en gran parte los archivos del delito, se encuentran depositados en la memoria de los mismos criminales. Estos serían la fuente misma de los crímenes. La memoria es un registro testimonial fundamental para dar y otorgar ciertos juicios, criterios y opiniones. Con la muerte del criminal, desaparecen aquellos antecedentes y registros, que solamente ellos poseen y conocen, con respecto a otros delitos y también de sus cómplices, desatándose *“una impunidad acordada á cuantos no podrian ser descubiertos ó convencidos más que con el testimonio del muerto; y privados de un testigo necesario así la inocencia como el buen derecho, se verá oprimida la primera, é incapaz de aclararse este último”*⁴¹.

³⁹ Ibid., p. 32.

⁴⁰ Ibid., pp. 33-34.

⁴¹ Ibid., p. 35.

Desprendemos de lo anterior, que el fin de la vida de un delincuente, desproveen a la justicia de seguir indagando en profundidad, ya no sólo del causante del delito, sino de sus cómplices, no logrando los jueces alcanzar y/o aclarar el delito, permitiendo que los acompañantes del criminal, puedan llegar a ser inocente por derecho. Se debe tener presente que durante una instrucción o indagación criminal *“se ocultan ó alejan los cómplices del acusado: es un intervalo de tribulación y angustia; y está suspensa sobre la cabeza de ellos la cuchilla. Si está acabada la carrera del acusado, es un acto de jubileo y gracia para los cómplices, los cuales tienen una nueva escritura de confianza, y andan con la cara descubierta. Se exalta como una virtud la fidelidad del difunto para los compañeros suyos, y recibe entre ellos, para la instrucción de sus jóvenes discípulos, todas la alabanzas del heroísmo”*⁴².

La situación antes expuesta, va a cambiar cuando el delincuente se encuentre en prisión. Aquí tendrá que revalidar su heroísmo, sobre todo ante los distintos interrogatorios impuestos por la policía, abogados y por los diversos jueces. En la cárcel, el criminal, que sólo se tiene así mismo, está desamparado de todo aquello que tenía y lo protegía en el exterior. Lo encontramos desprotegido e indefenso. No tiene a sus cómplices o compinches y todo el aparateje que le rodea –su hábitat, su ambiente–, se pierde, debilitándose el código de honor que los unía. Las motivaciones y debilidades lo conminan en ciertos momentos a pensar en el arrepentimiento. Este hecho así de simple, sería suficiente para extraerle o *sacarle* ciertas revelaciones, secretos o verdades ocultas, si es que no se obtiene toda la confesión. Pero, también existen señales en donde la privación de libertad, no provoca arrepentimiento, perdiéndose antecedentes o verdades comprometedoras. En el encierro le surgen una cantidad ilimitada de dudas, preguntas y cuestionamientos, los cuales hacen brotar pensamientos que son tan propios y naturales del ser humano, como son el anhelo de venganza, dirigido principalmente contra aquellos que le condujeron a la pérdida de su propia libertad y que son tan culpables como él mismo, pero que sin embargo, continúan gozando de su libertad. Se enfrenta entonces, a un soliloquio, donde ve desfilar por su mente sus propias quejas e intereses, para adquirir a costa de cierta información útil, una mejoría y alivio de sus tristes penas.

Asimismo, se cuestiona Bentham, a que o quien hay que temerle en relación con el delito. La respuesta no se deja esperar y contempla a todos aquellos hombres que son capaces de realizarlos siempre. Esto de algún modo exime en parte, la responsabilidad de los posibles errores y trasgresiones cometidas por la justicia, que evidentemente serían situaciones excepcionales, raras, extrañas y muy remotas.

Pero el jurisconsulto añade que la pena de muerte no es popular. Cada día pierde más adeptos. Va acompañado este sentir –referido a la evolución de una sensación–, en la medida que la población adquiere educación, cultura y se moderan sus hábitos y las costumbres, sin embargo *“corre el pueblo á una justicia; pero este apresuramiento, que parece desde luego tan ignominioso para la humanidad,*

⁴² Ibid., pp. 35-36.

*no es el gusto completar á unos infelices en la agonía, sino la necesidad de recibir las fuertes conmociones de un trágico espectáculo*⁴³.

A pesar de lo expresado, existe una instancia donde la pena máxima es popular en el máximo grado. Nos referimos al homicidio. Aquí brota, emerge, un sentimiento de aprobación de la pena de muerte, porque de algún modo la aceptación pública se funda en la relación de la cuantía del delito con la aplicación del máximo rigor y también en la relación pena-crímen. Existiría una suerte de compensación, que estaría satisfecha por las ansias de venganza por parte de los ciudadanos. Aparece en toda su magnanimidad el adagio *la sangre pide sangre*⁴⁴. Cabe hacer notar, que la pena capital, es por lo general impopular en la mayoría de los otros delitos.

Se crea una disposición en las partes ofendidas para no perseguir a los delincuentes y criminales, por el rechazo que produce el conducirlos al patíbulo. Entonces el público, preferentemente socorre, cuando se produce la fuga del delincuente. Además los testigos se predisponen a ocultar el testimonio o simplemente a obviar lo importante. Los jueces en ocasiones caen en una especie de engaño piadoso a favor de los acusados. La mayoría de estas disposiciones indebidas van ocasionando más inseguridades e incertidumbres, en la aplicación y ejecución de las leyes, conjuntamente con la pérdida del respeto correspondiente, desde el momento que se acepta como algo meritorio el eludirla e evadirla.

Al respecto, se explica que un delito de sangre, se justifica con la pena de muerte, porque es análoga al delito mismo. Esto no es suficiente para justificar y para conservar la pena. Se confirma que la analogía es una real recomendación, pero no una justificación.

El argumento que dice relación a que la pena capital “quita la facultad de perjudicar”, en cierta época han sido muchos quienes han defendido la pena, porque consideraban que no había ningún otro medio para impedir el peligro y al amenaza que conllevaban los delincuentes. Sin embargo, esta visión es muy sesgada y extrema. Bentham, señala que es falsa al momento que se demuestra que los más calificados criminales –sobre todo en los delitos de sangre–, sin motivo alguno alzan sus armas contra todo aquel que consideran su enemigo, pero que, muy a pesar suyo, no son tan peligrosos ni complejos de detener, contener o apaciguar, como los son los locos iracundos. Porque los homicidas calculan y sólo cometen el delito en el caso de sacar algún provecho o beneficio propio y además de tener en vista la posibilidad de fuga o evasión.

En cambio, nos dice el filósofo británico, el enfermo mental (con el agregado de ser considerado violento), no está limitado por las circunstancias anteriores, a pesar de ello, nunca ha sido necesario asignarle la pena de muerte. Solamente están constreñidos al encierro, complaciendo con esto al sistema.

Pero a pesar de lo anteriormente expuesto, va a existir un solo caso en que la necesidad de la sociedad justifica la pena de muerte y éste será en caso de alta traición o rebelión y sólo bajo ciertas circunstancias, es decir “cuando se tratara

⁴³ *Ibíd.*, p. 38.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 39.

*de un jefe de partido con cuya muerte se extirpa la raíz de una facción; ó cuando, en vista de una disposición muy general en el pueblo, fuera de temerse que la prisión no sirviera de seguro medio de custodia, que los carceleros seducidos ó cómplices auxiliaran la evasión del prisionero, ó que se viera forzada la prisión*⁴⁵.

Entonces, hay que enfatizar, que a pesar de las circunstancias agregadas, los casos expuestos son raros y escasos y además se producen excepcionalmente.

En relación a la ejemplificación de la pena de la muerte, esta hace mella en el común de los hombres y no en relación con los delinquentes feroces, duchos y fríos. Los delinquentes de fama o los más conocidos, ven de otra forma la muerte y su pena por parte de la sociedad. El paso por esta vida no produce un gran apego, como se ha de notar en las víctimas o en los inocentes. Son personajes que viven permanentemente en situación de riesgo, peligro. Su vida pende de un hilo. Su carácter, se rompe o quiebra, sin motivo, ni previo aviso y pasan de inmediato a un estado extremo de alteración.

Entonces, aplicarles la pena de muerte a estos hombres de mala vida—desviados del camino—no conduce a resolver el problema, cuando se sabe que la pérdida de su vida no revierte mayor importancia. Son más bien, renuentes al trabajo, al orden y la responsabilidad. La pena de muerte llega a ser casi un beneficio en sus vidas de facinerosos y desapegados a la moral y la norma establecida. A la sociedad, a la cual pertenecen estos hombres, desdichados y envilecidos y que suman a estas cualidades su insensibilidad a los suplicios, no vale la pena el desgaste legal y el mal uso de la misma.

Pero a pesar de las razones expuestas, es de mérito conservar la pena de muerte en situaciones específicas y extremas. Cuando sucediesen delitos que produzcan grados de espanto y horror público, como podían ser los homicidios (los cuales se encuentran rodeados de circunstancias atroces y que conlleva la destrucción de numerosas vidas humanas), se aplicaría sin temor sin temor la pena de muerte, lo más activamente posible, sin recurrir incluso a los tormentos previos.

Para los otros casos, Bentham nos señala que la prisión perpetua y con trabajos—forzados o no— producía una mayor y profunda impresión en el ánimo del que delinque, que la misma pena de muerte.

VI. EFECTOS COLATERALES NEGATIVOS DE LA PENA CAPITAL

Lo que pasamos a exponer a continuación, corresponde en forma integra a la legislación inglesa.

Cuando se aplica la pena de muerte a ciertos delitos, en la cual la opinión pública se encuentra en desacuerdo y no puede ser por tanto impedido y o impedirlo, se tratará entonces de multiplicarlo con la ilusión de la impunidad. Con ello, la pena más potente, actúa o influye menos que una inferior. Pero al parecer esta proposición es paradójica. Sin embargo, se desvanece la paradoja, al momento que se observan los distintos efectos producidos por su desprestigio e impopularidad a la malmirada pena de muerte. Lo primero que se siente, es el

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 42.

aflojar, es decir, soltar las formas judiciales en materia criminal. Lo segundo, tiene que ver con el fomento o provocación de tres máximas viciosas, a saber, el merito del juicio, cuando se motiva en la humanidad; el menosprecio a la norma legal, cuando la opinión pública ve que no se ejecutan y, la arbitrariedad en juicios y absolución de un sistema que no es del agrado societal, el cual se encuentra lleno de abusos y peligros⁴⁶.

Lo anterior, es debido en parte a la carencia y débil esquematización y compendización penal resultado de una serie de trasgresiones, hechas por distintos funcionarios públicos, los cuales, sin embargo, son fundamentales para la ejecución de las leyes. En ese momento, se trataba de procurar una reforma contundente para la eliminación de la pena de muerte a ciertos delitos menores. En este punto participan varios personajes conocidos de la época, estos se involucrarán en cuestiones de Derecho Penal, tal como de Sir Samuel Romilly⁴⁷ quién propicia a partir de ciertos “bills”, la supresión de la pena capital contra la ratería. Es así que la propuesta de Sir Romilly se expresa en las siguientes palabras de Bentham: “*otros cinco bills de la misma especie acaban de aprobarse en la cámara de los comunes con una pluralidad en aumento siempre. Todavía es dudoso el éxito final suyo. El espíritu de la Reforma no es en Inglaterra una moda que se lo lleva todo tras sí; pero esta lentitud del curso de la razón es uno de los distintivos de la libertad. En un país libre, todas las opiniones tienen una fuerza que les permite luchar, y no se rinden más que á la convicción*”⁴⁸.

Al respecto Bentham comenta que mucho tiempo había pasado, sumando además a un intenso trabajo y fatiga, lograr alcanzar la eliminación del comercio de los negros.⁴⁹

Se suma a lo anterior, que en intensos debates de las Cámaras de los Lores y en especial, el choque de los discursos de lores, marqueses y otros, los resultados fueron la puesta en vigencia de la tratada *Ley Criminal*, llevada a cabo por algunos tratadistas, tenga como resultado la pronta figuración en la normativa legal británica. Los resultados de los anteriores debates no se dejaron esperar. Muchos dueños de fábricas de algodón y de telas, que se encontraban expuestos a grandes robos, se reunieron para solicitar la suspensión de la pena de muerte contra este tipo particular de robo, señalando que: “*la razón suya es, que la severidad de la ley los protege menos que á los malhechores mismos. No se trata ya de declamar contra*

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 46.

⁴⁷ Sir Samuel Romilly fue un reformista inglés (1757-1818). Propuso al Parlamento un sistema carcelario más humanitario. En 1812 se promulgó la ley que permitió la construcción de la penitenciaría de Milbank, concluida en 1822. Fue autor del libro titulado: *The State of The Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of Some Forcing Prisons and Hospitals*, publicado en 1877. Véase: Manuel Colmeiro, *Derecho administrativo español* (2ª edición, Madrid, Imprenta de Gabriel Alhambra, segunda edición, 1858), I, p. 585-586. Una información más acabada se encuentra en *Memorias de la Real Sociedad Patriótica de La Habana*, 29 (La Habana, Oficina de Gobierno y Capitanía General por S. M., marzo de 1838), V, p. 369-370.

⁴⁸ BENTHAM, J., *Teoría*, p. 50.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 50. Al respecto Bentham menciona, que son dificultosas las conquistas en una nación en que hay muchas fortalezas; pero también no vuelve a perderse ya lo que se ha ganado.

*los habladores, filósofos ni teóricos. He aquí unos hombres perjudicados, que conocen la pérdida suya, que no consultan más que con su interés, y que solicitan unas leyes ejecutables y ejecutadas*⁵⁰.

Por otro lado, como ha quedado de manifiesto, Bentham ha expuesto elementos de la paradoja, pero que a continuación pasarán, muy a propósito, a exponerlas claramente, con el objeto que, luego de conocerla, no es nada más fácil que refutarla. La refutación se planteará en base a la colocación de dos columnas donde se exponen proposiciones contradictorias. Esto es lo que en seguida pasamos a mostrar, tal como ha sido elaborada y desarrollada por el autor.

Opinión Paradjica

Todo ha de ser claro en la ley, todas las leyes deben ejecutarse

Todo el bien que la ley obra, no lo obra mas que en cuanto es conocida y ejecutada.

Es necesario que sea la misma para todos, que reine sola, y que el juez no sea más que el dispensador y órgano ella.

Si la ley establece una pena, y que los Tribunales imponen otras habitualmente.

Si es odiosa hasta el grado de que el perjurio que la eluda pueda tenerse por un acto meritorio.

Si es tan desproporcionada con los delitos, que ella tenga necesidad de un paliativo habitual en la arbitrariedad de los juicios y perdones. La ley es evidentemente viciosa: y cuantos más motivos de justificación se hallan en favor de los que impiden la ejecución de ella, tanto más se condena la ley misma.

Refutación

Todo no ha de ser claro en la ley, y todas las leyes no deben ejecutarse.

Todo el bien que la ley obra, lo obra sin ser conocida ni ejecutada.

No es necesario que sea la misma para todos, ni que reine sola. El juez no debe estar ceñido á ser dispensador y órgano de ella.

La ley es evidentemente buena, si ella establece una pena, y los tribunales otras habitualmente.

Si aún es odiosa hasta el grado de que el perjurio que la eluda se tenga por un acto meritorio.

Si es tan desproporcionada con los delitos, que ella tenga necesidad de un paliativo habitual en la arbitrariedad de los juicios y perdones. Todo esto no impide que la ley sea buena; y pueden aprobarse los que se oponen á la ejecución de ella, sin insinuar la menor duda sobre la excelencia de la ley misma⁵¹.

Este párrafo que nos ha presentado Bentham, es notablemente aclaratorio, porque nos devela los resultados de las paradojas y sus distintas refutaciones que nos permiten, a fin de cuenta contar con una opinión al respecto.

VII. PENAS SUBSIDIARIAS COMO HERRAMIENTA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA MISMA

Las penas subsidiarias, según Bentham, son aquellas señaladas por la ley para apoyar a la primera pena “*la que se señala por la Ley para sustituir una primera pena,*

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 51-52.

⁵¹ *Ibíd.*, pp. 52-53

*que es defectuosa á causa de que el delincuente no puede sufrirla*⁵², agregando más adelante que: “*la primera ley es defectuosa. Esto hay de común entre ambos casos: es defectuosa en el uno por no querer el delincuente, y en el otro por no poder. Es cosas patente que ninguna ley penal se ejecutaría, si hubieran de atenerse á la voluntad del que ha de padecerlas*”⁵³.

Entonces existen situaciones, como han sido aquellas con las penas pasivas, donde el tipo de voluntad es incontrovertible. Sin embargo, hay especies de penas que prescriben al sujeto ejecutar una conducta —realizar tal o cual hecho—, no hacer —cancelar algo de dinero—, no salir de un lugar prefijado, entre otros. Por otro lado, en aquellas situaciones, donde no se recurre al castigo corporal, es necesariamente preciso, para reforzar plenamente el mandato legal, donde “*Esta pena subsidiaria puede ser de la misma especie que la pena primitiva: por ejemplo, para la violación de un destierro temporal, nuevo destierro; pero, en el último recurso, toda pena que no puede ejecutarse sin el concurso de la voluntad del individuo, debe apoyarse con cualquiera otra pena que se ejecutar á pesar de él*”⁵⁴.

Sin embargo, la aplicación de la ley en muchas situaciones se dificulta y que por lo tanto, también tiende a no ser completamente perfecta por causa de los malhechores, donde “*La ley está especialmente sujeta á ser defectuosa a causa de la imposibilidad del delincuente, en los casos de las penas pecuniarias, pero esto puede verificarse en las penas pasivas, como si la ley impusiera la mutilación de un órgano que por casualidad no existiera en el individuo*”⁵⁵.

Bentham pasa a exponer una lista de reglamentos relativos a las penas subsidiarias. El primer punto se refiere a que si “*la primera pena es defectuosa á causa de que el delincuente está inhabilitado para padecerla, la subsidiaria no debe ser mayor ni menor que la primera señalada*”. Se desprende de lo anterior, que es este el propósito, por lo menos, que debe buscarse, a pesar de lo difícil que resulte conseguir. El segundo punto, plantea que si “*la primera pena es defectuosa á causa de no querer el delincuente manifestamente, es necesario que la subsidiaria sea mayor*”⁵⁶. Aquí se determina, que si bien la primera pena era apropiada con respecto al delito cometido y para que estuviese en conformidad, no cabe más que, otro medio, que amenazarle con una pena superior a la anterior. En tercer lugar, si existe la duda en la pena “*por la falta de poder ó por la de la voluntad de parte del delincuente, es menester que la subsidiaria sea algo mayor que la primitiva*”. Por último, “*la pena subsidiaria deber ser más severa, á proporción que el delincuente tiene mayor facilidad para eludir la primera pena sin ser descubierto*”⁵⁷.

Con respecto a los puntos tres y cuatro, se ratifica que si el delincuente se *tienta* en cometer hechos punibles, creyendo que los puede evadir o ignorar, es necesario anteponerse a esta idea una pena adicional sumatoria, expresando nuestro autor que “*la prisión es la pena subsidiaria más natural en el caso, en que el individuo no*

⁵² Ibid., p. 54.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid., p. 55.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid., p. 56.

⁵⁷ Ibid., pp. 56-57.

quiere ó no puede sujetarse a la pecuniaria. La causa de que estas dos penas sean tan propias para suplirse recíprocamente, dimana de que ellas son divisibles, admitiendo cuantos grados pueden ser necesarios. Las penas afflictivas simples no son en general acomodadas para substituirse a las pecuniarias, con motivo de la infamia que va aneja a las primeras. En el caso de infracción de destierro ó confinación local, la mejor pena suplementaria consiste en la prisión. Una sola transgresión puede mirarse como suficiente prueba de que no se observaría nunca el mandamiento penal”⁵⁸.

Por otra parte, se agrega que las penas laboriosas necesitan un continuo de nuevos esfuerzos desde la voluntad, para que el malhechor acoja estas medidas. Se necesita, entonces, constantemente agregar nuevas motivaciones. Después es necesario ir agregando pequeñas penas que estén una a otra ligadas en breves espacios de tiempo. Es así entonces, que cuando se asignan inspectores en casos de trabajos forzados, a este se le asigna una cierta autoridad de corrección, que en sí misma tiene la facultad de imponer ciertos castigos corporales, por ejemplo *“la infamia no es una objeción, porque las penas laboriosas mismas llevan consigo una igual infamia”⁵⁹.*

Es por eso que, si no existe una pena pecuniaria la prisión debe de ejercer el rol de la pena suplementaria.

Pero la dificultad se presenta al momento de preguntarse lo siguiente: ¿Cómo comparar una cantidad de dinero con otra de prisión? y ¿hasta que punto quedará satisfecha una deuda con 24 horas de cárcel? La relación anterior será vista de la siguiente forma: *“un día de cárcel se reputará como el pago de una deuda igual al producto de un jornal”⁶⁰.*

En cuanto al valor de un obrero de máquinas, un soldado, un marinero, un artesano, un criado y un labrador, este se calculará en relación al salario o sueldo de personas con el mismo oficio. Por otro lado, y agregando aún más antecedentes para ampliar la información, la relación de los salarios *“con respecto á un arrendador, se estimará igual á la 365^a parte de la renta de la posesión arrendada, inclusa [sic] su casa. Si un hombre ejerce un oficio, y ocupa una posesión arrendada, es necesario añadir la renta de su casa á la del arrendamiento”.* Entonces y con respecto a otra solución o estado de las personas, digamos que: *“Si es dueño de fábrica, puede estimarse en ocho veces la renta de su casa. Si es dueño de una fábrica, la renta de un hombre que no ejerce ningún arte mecánico, en cuatro veces la renta de su casa. Si tiene un oficio, en seis veces esta misma renta”.* Y por último el caso de *“la renta de quien, se hospeda y paga una pensión en casa ajena [sic], debe estimarse igual a dos veces a lo que se paga por año. Si se hospeda únicamente, á cuatro veces. Si está gratuitamente en la casa de parientes, á una vez”⁶¹.*

Lo anteriormente expuesto, señala explícitamente la relación de la pena y su implicación con el oficio, donde se elabora su condición a pagar su pena. Sin embargo, van a resultar ciertas dudas al respecto. Estas se establecen a través de preguntas que se van a formular y percibir el efecto de las mismas.

⁵⁸ Ibid., pp. 57-58.

⁵⁹ Ibid., p. 58.

⁶⁰ Ibid., p. 59.

⁶¹ Ibid., pp. 59 y 60.

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, César, *De los delitos y las penas* (Madrid, Alianza Editorial, 1994).
- BENTHAM, Jeremías, *Teoría de las penas legales* (Paris, Imprenta de J. Smith, 1825), II..
- BENTHAM, Jeremías, *Deontología o ciencia de la moral* (Valencia, Librería de Mallen y sobrinos, 1836).
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de los sofismas político* (Madrid, Imprenta D. L. Amarita, 1838).
- COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo español* (2ª edición, Madrid, Imprenta de Gabriel Alhambra, 1858), I.
- GRIMA LIZANDRA, Vicente, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 1998).
- Memoria de la Real Sociedad Patriótica de La Habana*, 29 (La Habana, Oficina de Gobierno y Capitanía General por S. M., marzo de 1838), V,
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (traducción al castellano, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2002).

