

CAPÍTULO 48

EL UTILITARISMO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Martín D. FARRELL*

SUMARIO. I. *Un comienzo poco promisorio.* II. *La crítica al derecho natural.* III. *El concepto de derecho.* IV. *La justificación del castigo.* V. *Las consecuencias como medio para decidir entre derechos en conflicto.* VI. *Las consecuencias como justificación para desplazar hechos.* V. *Bibliografía.*

I. UN COMIENZO POCO PROMISORIO

El consecuencialismo en general, y la teoría utilitarista en particular, tienen serias dificultades para dar cuenta de la idea de los DERECHOS. Si la corrección moral de una acción depende de las consecuencias que ella produzca, los derechos son —a lo sumo— instrumentos eventualmente aptos para producir lo bueno, pero si las consecuencias son mejores en caso de que el algún derecho sea vulnerado, entonces el derecho debe ser dejado de lado. A modo de ejemplo, el prometido tiene un derecho a que el promitente cumpla su promesa sólo en el caso de que ese cumplimiento produzca mejores consecuencias que el incumplimiento de esa promesa, y este razonamiento respecto de las promesas se reproduce en el caso de los contratos y de todos los demás derechos.

Pero los derechos no se conciben para funcionar de esta manera. Ronald Dworkin ha expresado la concepción usual de los derechos de un modo impecable:

Los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales contra su gobierno, ciertos derechos morales convertidos en derechos legales por la Constitución. Si esta idea tiene sentido, y vale la pena proclamarla, entonces estos derechos deben ser derechos en el sentido fuerte... La pretensión de que los ciudadanos tienen un derecho a la libertad de expresión debe implicar que sería incorrecto para el gobierno impedirles

* Profesor Emérito de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

hablar, incluso cuando el gobierno cree que lo que ellos dirán causará más daño que bien.¹

En otras palabras, Dworkin afirma que los derechos prevalecen sobre consideraciones de utilidad; los derechos son, según él, “cartas de triunfo” frente a cálculos utilitarios. Esto significa que para dejar de lado un derecho no basta con mostrar que este desplazamiento del derecho produce un estado de cosas tal que dicho estado de cosas contenga más felicidad.

Este argumento, entonces, parece despojar al utilitarismo de toda capacidad para dar cuenta de los derechos dentro de su teoría, de donde dicha teoría carecería de interés en la filosofía del derecho. Pero no olvidemos que el utilitarismo es sólo una especie dentro del género de las teorías consecuencialistas: el consecuencialismo sostiene que lo bueno tiene prioridad sobre lo correcto, y que lo correcto consiste –simplemente– en maximizar lo bueno. El utilitarismo sostiene –además– que lo bueno es la felicidad, pero, ¿por qué no podemos adoptar otra variante del consecuencialismo, una que sostenga, por ejemplo, que lo bueno es el respeto de los derechos? El respeto de los derechos, en este caso, no estaría sujeto a restricción alguna dentro de la teoría consecuencialista.

Desgraciadamente, esta variante tampoco es aceptable, como lo ha mostrado Robert Nozick. Él recuerda que una teoría puede incluir en un lugar importante el tema de la no violación de los derechos, pero incluirlo en el lugar incorrecto y de la manera incorrecta. Porque el consecuencialismo de derechos incorpora la no violación de los derechos como un fin, y en este caso bien puede ocurrir que violar algunos derechos pueda disuadir a otros individuos de violar grave y masivamente otros derechos, o puede eliminar el motivo para que lo hagan, o puede distraer su atención, y así sucesivamente. Pero los derechos no se incorporan a una teoría como un fin a ser alcanzado, dice Nozick, sino como restricciones respecto de las acciones que pueden ser realizadas: los derechos implican restricciones sobre nuestras acciones.²

Resulta claro, entonces, que ni el consecuencialismo –como género– ni el utilitarismo –como especie de ese género– son aptos para dar cuenta del papel que cumplen los derechos. Es cierto que algunos autores han pretendido reconciliar al utilitarismo con una teoría de los derechos,³ pero me temo que la reconciliación se alcance al precio de deformar los postulados utilitaristas ortodoxos. Pese a este comienzo poco promisorio, creo que el

¹ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 190.

² Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974, pp. 28-29.

³ Frey, R. G., *Utility and Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984.

utilitarismo puede ofrecer al menos cinco contribuciones importantes a la filosofía del derecho, y paso a mencionarlas.

II. LA CRÍTICA AL DERECHO NATURAL

Jeremy Bentham, el creador del utilitarismo, ofrece una vigorosa crítica al derecho natural, doctrina dominante en su la tradición inglesa especialmente a través de la influencia de Blackstone (véase IUSNATURALISMO). Desde su juventud Bentham se opuso a la doctrina iusnaturalista, como puede apreciarse en su obra *A Fragment on Government*. Enuncia allí un principio que inmediatamente trae a la memoria la idea de la norma básica kelseniana: “Cualquier persona que efectivamente ejerza el poder supremo...esa persona tiene el derecho de ejercerlo”.⁴ Veinte años después, encontramos a un Bentham de aún mayor vehemencia en *Anarchical Fallacies*, tomando ahora como blanco la declaración de derechos de la Revolución Francesa: “Miren el texto, encontrarán una estupidez – miren más allá del texto, no encontrarán nada”.⁵

Bentham cuestiona la existencia de derechos naturales anteriores a la existencia del gobierno, sosteniendo que perderían su razón de ser en los países en lo que ya hay un gobierno.⁶ Serían, por otra parte, derechos que conducen al fanatismo, lo que lleva a Bentham a distinguir entre el crítico racional y el anarquista, entre el hombre moderado y el hombre violento: mientras el crítico racional reconoce la existencia del derecho, aunque se oponga a él, y sólo propone su reforma, el anarquista niega validez al derecho en cuestión.⁷ Puesto que el partidario del derecho natural niega validez al derecho positivo que se opone al derecho natural, Bentham no encuentra dificultades en equiparlo al anarquista.

Para Bentham, el único derecho, como enseguida veremos, es el derecho positivo: que existan razones para desear que hubiera tales cosas como derechos no significa que haya derechos, puesto que el hambre no equivale al pan. Por eso dice con énfasis: “Derechos naturales es simplemente una

⁴ Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1967, p. 87.

⁵ Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies”, en Waldron, Jeremy (ed.), *Nonsense upon Stills*, London, Methuen, 1987, p. 49.

⁶ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

⁷ *Ibidem*, p. 50.

estupidez: derechos naturales e imprescriptibles, una estupidez retórica, - una estupidez sobre zancos”.⁸

La objeción central de Bentham a la imprescriptibilidad residía en el hecho de que los autores del texto francés declaraban imprescriptibles a los derechos sin proporcionar de ellos ejemplo alguno, o proporcionando ejemplos equivocados. Cuando se menciona la libertad, por caso, Bentham recuerda que todos los derechos se conceden a expensas de alguna libertad: no puede otorgarse libertad a ningún hombre si no es en proporción a la que se le quita a otro, y lo mismo ocurre con la propiedad: la propiedad se otorga restringiendo la libertad.⁹

La única forma que Bentham acepta para obtener principios generales del derecho, entonces, es deducirlos de las proposiciones menos generales que constituyen el derecho positivo.¹⁰ De ahí su fuerte conclusión: “El reconocimiento de la vacuidad de las leyes de la naturaleza y de los derechos del hombre que han sido fundados en ellas, es una rama del conocimiento de tanta importancia para un inglés... como la más perfecta familiaridad que pudiera obtener de las leyes que existen en Inglaterra.”¹¹

Existe otro trabajo de Bentham en el que también aparecen referencias críticas al derecho natural: “Supply Without Burthen”.¹² Repite allí la idea de que el derecho natural es una “estupidez inconsistente”: “¿Quién tiene alguna idea de un derecho natural? Yo, por mi parte, no tengo ninguna: un derecho natural es un cuadrado redondo, - un cuerpo incorpóreo”.¹³

La posición benthamita es clara:

Yo no conozco derechos naturales excepto los que son creados por la utilidad general: e incluso en ese sentido sería mucho mejor si la palabra nunca fuera usada. Ese tipo de lenguaje es en todo caso falso: ese tipo de lenguaje o es pernicioso, o, como mucho, es un modo inadecuado y falaz de indicar lo que es verdadero.¹⁴

Como un argumento adicional, Bentham sugiere también que un motivo para desconfiar de la existencia de los supuestos derechos naturales reside en la circunstancia de que ellos varían de país en país, y pone como ejemplo los derechos sucesorios.¹⁵

⁸ *Ibidem*, p. 53.

⁹ *Ibidem*, pp. 54 y 57.

¹⁰ *Ibidem*, p. 67.

¹¹ *Ibidem*, p. 69.

¹² Bentham, Jeremy, “Supply Without Burthen or Escheat Vice Taxation”, en Waldron, Jeremy (ed.), *op. cit.*, nota 5.

¹³ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

¹⁴ *Ibidem*, p. 72.

¹⁵ *Ibidem*, p. 70.

La posición de Mill acerca del derecho natural, en cambio, no refleja exactamente la de Bentham, puesto que él acepta la existencia de derechos morales. Pero estos derechos, como ahora veremos, no dependen de la naturaleza, ni de la voluntad de Dios, sino que se sustentan en su capacidad para producir felicidad. Mill se ocupa de ellos en el capítulo de *Utilitarianism* que trata de la justicia, en el cual señala que un caso de injusticia consiste en privar a cualquier persona de aquello a lo cual tiene un derecho moral.¹⁶ Por una parte, entonces, Mill reconoce que la idea de justicia parece abarcar generalmente la idea de un derecho moral, cuando dice que "...la justicia implica algo que no sólo es correcto hacer, e incorrecto no hacer, sino algo que alguna persona individual pueda reclamarnos como su derecho moral".¹⁷

Pero, ¿cuál es el origen y el alcance de ese derecho moral? Mill piensa que la justicia requiere primariamente tratar a todos igualmente bien, pero que este gran deber moral es una emanación directa del principal principio de la moral, que "está abarcado en el significado mismo de la utilidad, o principio de la mayor felicidad".¹⁸

De modo que Mill está diciendo únicamente que es posible interpretar el principio supremo utilitarista como un principio que otorga derechos morales, pero no está diciendo que existan derechos morales que provengan de alguna fuente independiente al principio de la mayor felicidad.

Creo que esta contribución del utilitarismo a la filosofía del derecho en términos de crítica a la concepción clásica del derecho natural ha perdido actualidad, puesto que ha perdido actualidad la polémica misma entre el derecho natural y el positivismo jurídico. El derecho natural se rehúsa a reconocer como derecho a una norma si ésta no cumple con los recaudos de la moral, mientras que el *test* del positivismo para reconocer a una norma como derecho prescinde la toda referencia a la moral. Pero una vez que se advierte que el positivismo no sostiene que existe una obligación moral de obedecer a todo aquello que se ha identificado como derecho, sino que para ello es necesario un examen moral, el punto central que parecía separar a los positivistas de los iusnaturalistas ha desaparecido.

III. EL CONCEPTO DE DERECHO

¹⁶ Mill, John Stuart, *Utilitarianism*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1971, p. 44.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

¹⁸ *Ibidem*, p. 55.

Acorde con su posición crítica respecto del derecho natural, Bentham ofrece una concepción POSITIVISTA del derecho. Ya en “Anarchical Fallacies” había arribado a la conclusión de que no existían derechos naturales opuestos a, o en contradicción con, los derechos jurídicos,¹⁹ y expuso con énfasis el contraste entre ambos:

El derecho, el derecho sustantivo, es el hijo de la ley: de leyes reales provienen derechos reales; pero de leyes imaginarias, de leyes de la naturaleza, fantasiosas e inventadas por los poetas, retóricos y traficantes en venenos morales e intelectuales, provienen derechos imaginarios, una cría bastarda de monstruos...²⁰

Y en “Supply without Burthen” arriba al resultado que cabía esperar:

Para mí un derecho y un derecho jurídico son la misma cosa, porque no conozco otra. El derecho y la ley son términos correlativos: tanto como lo son hijo y padre... El derecho natural es un hijo que nunca tuvo padre. Por derecho natural se entiende un tipo de cosa que debe tener el efecto de una ley..., pero que subsiste no sólo sin ley sino en contra de la ley.²¹

Es en *On Laws in General*, sin embargo, donde la posición de Bentham aparece expuesta en su forma más completa. Dice allí lo siguiente:

Una ley puede ser definida como una reunión de signos declarativos de una voluntad concebida o adoptada por el soberano en un estado, concerniente a la conducta que debe ser observada en un cierto caso por una cierta persona o clase de personas, que en el caso en cuestión están o se supone que están sujetas a su poder: esta voluntad confía para su cumplimiento en la expectativa de ciertos hechos...la perspectiva de los cuales se pretende que deberían actuar como motivos respecto de aquellos cuya conducta está en consideración.²²

Las leyes son órdenes del soberano, entonces, órdenes respaldadas por ciertos hechos que obran como motivos. ¿Cuáles son esos hechos? Bentham señala que existen dos alternativas disponibles: castigos o recompensas, y no vacila en su elección, puesto que piensa que...

para el caso usual, el castigo es sin comparación el más eficaz. Mediante el castigo solo no parece imposible que toda la tarea de gobierno pudiera ser llevada a ca-

¹⁹ Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 5, p. 52.

²⁰ *Ibidem*, p. 69.

²¹ Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 12, p. 73.

²² Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, London, The Athlone Press, 1970, p. 1.

bo...Pero mediante la recompensa sola, es muy cierto que ninguna parte material de esa tarea podría ser sostenida por media hora.²³

Las normas jurídicas en la teoría de Bentham pueden ser entendidas, así, como órdenes²⁴ del soberano respaldadas por amenazas de castigo.²⁵ John Austin siguió las enseñanzas de Bentham y popularizó una teoría similar, puesto que, aunque escribió después que Bentham, publicó antes que él (el manuscrito de Bentham sólo fue descubierto en 1939 y publicado en 1945, mientras que la primera edición del libro de Austin apareció en 1861).

Austin enuncia enfáticamente que “las leyes, adecuadamente así llamadas, son órdenes; las leyes que no son órdenes son leyes impropriamente llamadas así”.²⁶

Por otra parte, Austin distingue con toda claridad entre leyes divinas (expresión que considera más adecuada que derecho natural) y leyes positivas, sosteniendo que el objeto adecuado de la teoría general del derecho son las segundas y no las primeras, leyes dictadas por superiores políticos a inferiores políticos.²⁷ Porque de las leyes establecidas por los hombres...

algunas son establecidas por superiores políticos, soberano y súbdito: por personas ejerciendo un gobierno supremo y subordinado, en naciones independientes, o sociedades políticas independientes. El agregado de estas reglas así establecidas...es el tema adecuado de la teoría del derecho, general o particular. Es respecto del agregado de las reglas así establecidas, o de algún agregado que constituya una porción de ese agregado, que el término derecho, usado simple y estrictamente, es aplicado.²⁸

Una orden se distingue de otras expresiones de deseos

...no por el estilo en el cual el deseo es manifestado, sino por el poder y el propósito de la parte que ordena de infligir un dolor o un daño en caso de que el deseo no sea cumplido...Estar sujeto a un daño de parte suya si yo no cumplo con un deseo que us-

²³ *Ibidem*, p. 135.

²⁴ La aplicación de las órdenes genera complicaciones, que Bentham describe bajo la forma de “aspectos de la ley”, de los que identifica cuatro”. *Ibidem*, p. 94.

²⁵ Esto no significa negar que Bentham reconocía la importancia de las sanciones morales y religiosas. *Ibidem*, p. 70. Tampoco significa negar que Bentham reconocía la existencia de leyes que otorgaban premios. *Ibidem*, p. 136. Pero en ambos casos, se trata de aspectos marginales de su concepción de la ley.

²⁶ Austin, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, John Murray, Albemarle Street, 1911, p.79.

²⁷ *Ibidem*, pp. 79 y 86.

²⁸ *Ibidem*, pp. 86 y 87.

ted manifiesta, indica que yo estoy obligado por su orden, que tengo un deber de obedecerla.²⁹

El daño en el que probablemente incurra si no cumplo con mi deber es lo que se denomina *sanción*, o *castigo*, de donde “orden, deber y sanción son términos inseparablemente conectados: cada uno de ellos se refiere a las mismas ideas que los otros, aunque cada uno denota esas ideas en un orden peculiar”.³⁰

El derecho, tanto para Bentham cuanto para Austin, consiste básicamente en órdenes respaldadas por amenazas: es un criterio afín al positivismo jurídico, ya que el derecho se describe sin referencia alguna a la moral. Pero no puede decirse que ambas teorías son idénticas. La teoría de Austin es claramente imperativa, y sólo imperativa, mientras que el caso de Bentham es más complicado. Por una parte, Bentham parece estar defendiendo un imperativismo estricto, que sólo acepta órdenes y prohibiciones. Esto ocurre, por ejemplo, cuando sostiene que no puede existir ninguna ley mediante la cual ninguno esté obligado, o coaccionado, o con su libertad restringida.³¹ Por la otra, Bentham acepta explícitamente³² la existencia de leyes permisivas, de donde su teoría del derecho es menos estricta que la de Austin.³³

De toda forma, la concepción de Bentham-Austin fue la teoría dominante en la filosofía legal anglosajona hasta el año 1945, en que Kelsen la criticó duramente en *General Theory of Law and State*.³⁴ En 1961 fue nuevamente criticada por Hart en *The Concept of Law*,³⁵ de modo que no puede decirse que tenga influencia en la actualidad.³⁶

Pero debe quedar en claro que, si bien los utilitaristas defendían una variante del positivismo jurídico, estaban muy lejos de ser positivistas ideológicos. Basta recordar que Bentham decía: “bajo un gobierno de Leyes, ¿cuál es el lema del buen ciudadano? Obedecer puntualmente; censurar

²⁹ *Ibidem*, p. 89.

³⁰ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

³¹ Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 22, p. 54.

³² *Ibidem*, pp. 95-97.

³³ Lyons, David, “Logic and Coercion in Bentham’s Theory of Law”, *Cornell Law Review*, año 1972, vol. 57, núm. 3, pp 335-362 .

³⁴ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Wedberg, Andres, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945.

³⁵ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

³⁶ He descripto la teoría de Bentham sólo para enfatizar sus rasgos positivistas, los que se siguen de su rechazo al derecho natural. Para una descripción completa de la teoría, James, M. H., “Bentham on the Individuation of Laws”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 24, núm. 3, 1973, pp. 357-382.

libremente”.³⁷ Y que Mill decía: “Parece universalmente admitido que hay leyes injustas, y que el derecho, consecuentemente, no es el criterio último de justicia”.³⁸

IV. LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO

Nuevamente es Bentham el más fructífero de los utilitaristas en el área del derecho, quien enriqueció la teoría jurídica proporcionando la justificación utilitarista del castigo, aunque no fue el primer utilitarista en proponer la idea, pues William Paley se le anticipó en hacerlo. Él pensaba que la finalidad adecuada del CASTIGO no es la satisfacción de la justicia sino la prevención del delito: “El temor de que si el delincuente escapa esto alienta a él o a otros, debido a su ejemplo, a cometer el mismo delito, es la única consideración que autoriza el castigo por medio de leyes humanas... Pero esta causa no está fundada en la culpa del ofensor sino en la necesidad de impedir la repetición de la ofensa.”³⁹

Cuatro años después que Paley, Bentham enunció la teoría utilitarista del castigo en su versión más célebre; todo castigo es un mal, un mal en sí mismo, y el principio de utilidad lo admite únicamente en la medida en que promete excluir un mal mayor.⁴⁰

Hay cuatro situaciones en las que el castigo no debe ser aplicado: a) cuando carece de fundamento, esto es, cuando el acto no era maligno; b) cuando es ineficaz, esto es, cuando no puede impedir el mal que se busca evitar; c) cuando es demasiado caro, esto es, cuando el mal que produce es mayor que el que previene, y d) cuando es innecesario, esto es, cuando el mal puede impedirse sin él.⁴¹

En las situaciones en las cuales el castigo puede aplicarse, a su vez, éste debe cumplir con algunas metas que están subordinadas al principio de utilidad: a) su principal objetivo debe ser el de impedir todo tipo de delitos; b) si un hombre necesita cometer un delito, de un tipo u otro, el siguiente objetivo es el de inducirlo a cometer el delito menos maligno; c) el tercer

³⁷ Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 4, p. 10.

³⁸ Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 16, p. 44.

³⁹ Paley, William, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, Indianapolis, Liberty Fund, 2002, p. 373.

⁴⁰ Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Basil Blackwell, 1967, p. 281.

⁴¹ *Ibidem*, p. 282.

objetivo es incitar al delincuente a que no cause más daño que el necesario para su propósito, y d) finalmente, el último objetivo es impedir al mal al menor costo posible.⁴²

En palabras de Bentham, entonces: “El objeto principal de las penas es prevenir delitos semejantes. El negocio pasado no es más que un punto, pero lo futuro es infinito. El delito pasado no afecta más que a un individuo, pero los delitos semejantes pueden afectarlos a todos”.⁴³

Hay dos puntos débiles en la teoría benthamita del castigo. El primero de ellos es el castigo al inocente, y el segundo el empleo de la tortura. Respecto del castigo al inocente, Bentham parecería rechazarlo en alguno de sus escritos, cuando dice, por ejemplo, que “la idea de la coerción está para los individuos inseparablemente conectada a la idea de derecho”,⁴⁴ lo que apunta a la necesidad de principios públicos de castigo, consagrados en normas jurídicas.

Pero este no es realmente el caso, porque cuando aborda el tema de manera específica rechaza sin vacilar esa limitación definicional y dice que la situación más común es aquella donde “el acto es cometido por la misma persona que sufre el mal. Pero el mal puede recaer sobre otra persona y todavía llevar el nombre de castigo”.⁴⁵

Resulta claro que Bentham no está pensando aquí en el caso de los rehenes, sino en los casos más cuestionables de castigo al inocente. Él caracteriza primero lo que llama castigos desubicados, que son aquellos en los que existe un delito pero en donde el castigo se aplica a la persona incorrecta. Divide luego este tipo de castigo en evitable e inevitable y sostiene que “cuando es inevitable, de acuerdo a los principios de utilidad, no importa cuán desubicado sea el castigo pero éste no sólo puede, sino que debe, ser aplicado... Decir que un castigo tal no debería aplicarse sería una contradicción en los términos”.⁴⁶

Y Bentham tiene razón, sin duda: desde el punto de vista de la consistencia, adherir a la teoría utilitarista conlleva aceptar ciertos casos de castigo al inocente sobre la base de consideraciones de utilidad.

En cuanto a la tortura, Bentham sostiene en uno de sus manuscritos que existen algunos pocos casos en los cuales, para un propósito particular,

⁴² *Ibidem*, p. 289.

⁴³ Bentham, Jeremy, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 252.

⁴⁴ Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 22, p.136.

⁴⁵ Bentham, Jeremy, “Principles of Penal Law”, en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843, p. 391.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 475 y 476.

podría emplearse ventajosamente la tortura, ya que la misma podría producir en ellos menos dolor que otros medios que podrían emplearse para lograr los mismos propósitos. Uno de sus ejemplos es el del individuo encarcelado durante uno o dos meses para que responda a una pregunta, que él hubiera contestado de inmediato de haber sido azotado.

Bentham va incluso más allá y piensa que si se condena la tortura, con más razón debería condenarse el castigo:

El propósito para el cual se aplica la tortura es tal que cuando es alcanzado se percibe claramente que lo fue; y en cuanto se percibe que lo fue cesa inmediatamente la tortura. Con el castigo ocurre necesariamente algo distinto. En el castigo, para estar seguro de que se aplique tanto como es necesario, comúnmente se corre el riesgo de aplicar considerablemente más: en la tortura nunca se aplica un gramo más de lo que necesario.

Bentham establece también reglas para la aplicación de la tortura, de las que sólo voy a mencionar tres: a) ella no debe aplicarse sin una prueba convincente de que está en poder del prisionero hacer lo que le pide; b) ella no debe aplicarse salvo en casos que no admiten demora, y c) ella no debe aplicarse salvo en los casos donde está garantizado el beneficio de emplear un remedio tan extremo.⁴⁷

Este aspecto del utilitarismo benthamita obviamente sería rechazado por cualquier legislación occidental contemporánea, pero, otra vez, él constituye un buen ejemplo de la rigurosa aplicación lógica que Bentham hacía de la teoría. También consistente con la teoría, y mucho menos cuestionable, es la idea de Bentham de castigar sólo en apariencia al culpable, cuando es posible hacerlo: “Si colgar la silueta de un hombre produjera la misma impresión saludable de terror en la mente de los individuos, sería tonto o cruel colgar al hombre”.⁴⁸

Porque el castigo produce dolor y el dolor es malo, el castigo sólo se justifica porque minimiza el dolor futuro. A diferencia de lo que ocurre con los dos aportes anteriores, la teoría disuasoria del castigo que propone Bentham conserva plena actualidad. Es una de las dos teorías dominantes en el área, compitiendo allí con la teoría retributiva de Immanuel Kant.

⁴⁷ Los manuscritos de Bentham sobre la tortura se encuentran en Rosen, W.L. y Rosen, P.E., “Bentham on Torture”, en James, M.H. (ed.), *Bentham and Legal Theory*, Northern Ireland Legal Quarterly, 1973, pp. 42, 43 y 45-47.

⁴⁸ Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 43, p. 398.

Además de la contribución de Bentham a la justificación moral del castigo, no debe olvidarse que Mill estableció los límites admisibles del castigo para un derecho penal liberal. En efecto, él dijo en su obra *On Liberty* que...

el único fin por el cual la humanidad tiene permitido, individual o colectivamente, interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la autoprotección. El único propósito por el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente.⁴⁹

El derecho penal liberal se basa en la autonomía individual, y rechaza, entonces, todo tipo de legislación paternalista. Es discutible, sin embargo, que este aporte de Mill a la teoría del castigo pueda encuadrarse dentro de la ortodoxia utilitarista.

V. LAS CONSECUENCIAS COMO MEDIO PARA DECIDIR ENTRE DERECHOS EN CONFLICTO

Todos los sistemas jurídicos otorgan más de un derecho a sus ciudadanos, esto es, todos los sistemas jurídicos son pluralistas. En algunos casos los derechos están ordenados de manera jerárquica: derechos constitucionales por una parte, por ejemplo, y derechos jurídicos por la otra. Los conflictos entre derechos de diferente jerarquía no plantean problemas dificultosos: el derecho de jerarquía superior desplaza al derecho de jerarquía inferior. Los derechos constitucionales, por ejemplo, desplazan a los demás derechos jurídicos en casos de conflicto.

Pero los DERECHOS constitucionales mismos no están ordenados jerárquicamente. La Constitución otorga, entre otros, los derechos de propiedad y de libertad de expresión, pero no dice que uno de ellos sea superior al otro, puesto que todos los derechos constitucionales se consideran de igual jerarquía.

Si hay entonces una pluralidad de derechos constitucionales, sin una jerarquía de ellos, ninguno de los derechos otorgados puede ser absoluto (en el sentido de que siempre deba ser respetado) ya que un derecho puede entrar en conflicto con otro de igual jerarquía. Los derechos, entonces, son

⁴⁹ Mill, John Sturt, "On Liberty", en *Three Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1975, p. 9.

sólo derechos *prima facie*, esto es, derechos que pueden ser desplazados cuando entran en conflicto con otro derecho.

¿Qué ocurre cuando dos derechos entran en conflicto y son ambos de igual jerarquía, como dos derechos constitucionales? La Constitución, al no establecer una jerarquía de estos derechos, no proporciona ninguna solución precisa, de modo que es el juez quien debe decidir entre ellos en el caso concreto. Puede sugerirse, aplicando ideas utilitaristas, que el juez debe optar entre ambos derechos basándose en consideraciones de utilidad: en caso de un conflicto entre derechos de igual jerarquía el juez debe practicar el cálculo consecuencialista y optar por el estado de cosas que produzca la mayor felicidad.

Adviértase que no me estoy desdiciendo de mi anterior apoyo a la idea de Dworkin de que los derechos son cartas de triunfo frente a consideraciones de utilidad. Supongamos que existe un conflicto entre el derecho de propiedad, por una parte, y la utilidad, por la otra. No cabe duda que el juez debe optar en ese caso por respetar el derecho de propiedad. Y supongamos que existe un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión, por una parte, y la utilidad, por la otra. Tampoco cabe duda de que el juez debe optar en ese caso por respetar el derecho a la libertad de expresión. Esto es lo que dice Dworkin, y creo que tiene razón, en la gran mayoría de los casos.

Pero supongamos ahora que existe un conflicto entre el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad de expresión. Aquí Dworkin no tiene nada que decir, ya que los derechos son cartas de triunfo respecto de consideraciones de utilidad, pero no respecto de otros derechos de igual jerarquía. Y es precisamente en este tipo de casos que el utilitarismo puede sugerir que el juez debe aplicar el razonamiento consecuencialista. La utilidad desempeña aquí un papel en el razonamiento judicial, subordinado, pero papel al fin.

VI. LAS CONSECUENCIAS COMO JUSTIFICACIÓN PARA DESPLAZAR HECHOS

El consecuencialismo, en general, y el utilitarismo, en particular, tienen reservado sin embargo un papel más importante en otros supuestos de conflicto. Porque ningún sistema jurídico está diseñado de modo tal que seguirlo a la letra implique la destrucción de la sociedad, o una suerte de suicidio colectivo, ni es necesario que esta conclusión esté explícitamente enunciada

en el sistema (tal vez es imposible que lo esté). La obligación de respetar los derechos, incluso los derechos constitucionales, no es una obligación absoluta. El constituyente no puede ser concebido como un individuo dotado de un fanatismo tal que prefiera proteger el texto constitucional a proteger a la sociedad a la cual dicho texto está destinado a regular.

Si el respeto del derecho en juego conduce a una catástrofe social, se debe proteger a la sociedad y no al derecho. Estos son los casos, pues, en los cuales un derecho se enfrenta a consideraciones de utilidad y la utilidad triunfa frente al derecho. Existen dos obligaciones distintas para los jueces respecto de los derechos, entonces. En tiempos normales, los derechos triunfan frente a las consideraciones de utilidad; en tiempos excepcionales, la utilidad triunfa frente a los derechos, y se debe salvar a la sociedad de una catástrofe.

Los filósofos morales deontologistas (o anti-consecuencialistas) más importantes del siglo 20 reconocieron este papel para el utilitarismo. Nozick dijo que no se puede prescindir del cálculo de consecuencias en lo que él denominó casos de horror moral catastrófico, y Rawls fue terminante cuando señaló que un deontologista que nunca tomara en cuenta las consecuencias sería irracional y loco.

Vimos en el apartado anterior que tomar en cuenta a las consecuencias para optar entre derechos de igual jerarquía que se encuentran en conflicto no refuta la idea de Dworkin de que los derechos son cartas de triunfo. ¿La refuta la idea expuesta en este apartado? Si tomamos la frase fuera de todo contexto, sí, porque evidentemente aquí la utilidad triunfa frente al derecho. Si tomamos la frase en el contexto para el que fue diseñada, no: el propio Dworkin acepta que los derechos pueden ser dejados de lado en situaciones catastróficas, y sólo exige precaución al caracterizar la catástrofe.

En estos casos, ciertamente, los jueces tienen que estar seguros de dos cosas: a) que están enfrentando una catástrofe potencial, y b) que el remedio ofrecido es el que mejor puede evitarla. Si se cumplen ambas condiciones, entonces llegó la hora del utilitarismo. En casos excepcionales, es adecuado hablar de violaciones constitucionales justificadas, justificadas, precisamente, por consideraciones de utilidad.

En conclusión, y pese a lo que caractericé como un comienzo poco promisorio, he mostrado cinco contribuciones, algunas de ellas todavía actuales, del utilitarismo a la filosofía del derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, John Murray, Albemarle Street, 1911.
- BENTHAM, Jeremy, “Anarchical Fallacies”, en Waldron, Jeremy (ed.), *Nonsense upon Stilts*, London, Methuen, 1987.
- _____, “Principles of Penal Law”, en Bowering, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843.
- _____, “Supply Without Burthen or Escheat Vice Taxation”, en Waldron, Jeremy (ed.), *Nonsense upon Stilts*, London, Methuen, 1987.
- _____, *A Fragment on Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1967.
- _____, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Basil Blackwell, 1967.
- _____, *Of Laws in General*, London, The Athlone Press, 1970.
- _____, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Editora Nacional, 1981.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
- FREY, R. G., *Utility and Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- JAMES, M. H., “Bentham on the Individuation of Laws”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 24, núm. 3, 1973.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Wedberg, Andres, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945.
- LYONS, David, “Logic and Coercion in Bentham’s Theory of Law”, *Cornell Law Review*, vol. 57, núm. 3, 1972.
- MILL, John Stuart, *Utilitarianism*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1971.
- _____, “On Liberty”, en *Three Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1975.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974.
- PALEY, William, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, Indianapolis, Liberty Fund, 2002.
- ROSEN, W.L. y ROSEN, P.E., “Bentham on Torture”, en James, M.H. (ed.), *Bentham and Legal Theory*, Northern Ireland Legal Quarterly, 1973.