

El utilitarismo en la filosofía del derecho

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 algún derecho sea vulnerado, entonces el derecho debe ser dejado de lado.

El prometido tiene un derecho a que el promitente cumpla su promesa solo 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, como es de esperar, en el caso de los contratos.

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

Cuando Dworkin dice –convincentemente– que los derechos son cartas de

¹ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 190.

triunfo, ¿sobre qué está pensando que triunfan los derechos? Sobre consideraciones de utilidad, por cierto. 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 contiene 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 solo 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 sin embargo 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, 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 el utilitarismo con una teoría de los derechos,³ pero me temo que la reconciliación se alcanza al precio de deformar los postulados utilitaristas ortodoxos. Pese a este comienzo poco promisorio, creo que el utilitarismo puede ofrecer al menos cinco contribuciones importantes a la filosofía del derecho, y paso a mencionarlas.

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

³ Cfr. los trabajos que aparecen en R. G. FREY (ed.), *Utility and Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984.

La crítica al derecho natural

Jeremy Bentham, el creador del utilitarismo, ofrece una vigorosa crítica al derecho natural, doctrina dominante en la tradición inglesa especialmente a través de la influencia de Blackstone. Desde su juventud Bentham se opuso a la doctrina iusnaturalista, como puede apreciarse en *A Fragment on Government*, aparecido en 1776. 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 aun 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 los 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 solo 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.

4 JEREMY BENTHAM, *A Fragment on Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1967, p. 87.

5 JEREMY BENTHAM, “Anarchical Fallacies”, en Jeremy Waldron (ed.), *Nonsense upon Stilts*, London, Methuen, 1987, p. 49. Twining recuerda que hay que distinguir aquí entre la crítica a la sustancia del texto y la crítica a su lenguaje. Acerca de esta última crítica, señala que pueden mostrarse tres deficiencias en el lenguaje de esa declaración de derechos: a) existe una confusión persistente entre proposiciones descriptivas y prescriptivas; b) la declaración es muchas veces vaga, o ambigua, o ambas cosas; y c) muchas de sus disposiciones son autocontradictorias. WILLIAM TWINING, “The Contemporary Significance of Bentham’s Anarchical Fallacies”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol.61, pp. 343-344.

6 BENTHAM, “Anarchical Fallacies”, cit., pp. 49-50.

7 BENTHAM, “Anarchical Fallacies”, cit., p. 50.

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

La objeción central de Bentham a la imprescriptibilidad reside en el hecho de que los autores del texto francés declaraban imprescriptibles 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 sino en proporción a la que se le quita a otro, y lo mismo ocurre con la propiedad, puesto que ella se otorga restringiendo la libertad.⁹

El único recurso 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":

⁸ BENTHAM, "Anarchical Fallacies", cit., p. 53

⁹ BENTHAM, "Anarchical Fallacies", cit., pp. 54 y 57.

¹⁰ BENTHAM, "Anarchical Fallacies", cit., p. 67.

¹¹ BENTHAM, "Anarchical Fallacies", cit., p. 69. Es bueno recordar que la crítica de Bentham al derecho natural es parte de su crítica al *common law*. Cfr. DAVID LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge University Press, 1989, p. 224.

¹² JEREMY BENTHAM, "Supply Without Burthen or Escheat Vice Taxation", en Waldron, cit.

*¿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 de ello los derechos sucesorios.¹⁵

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

¹³ BENTHAM, "Supply Without Burthen", cit., pp. 72-73. Bentham pensaba que al emplear la palabra *derechos* motivábamos que una negra sombra oscureciera el panorama, exhibiendo nuestro descontento con una situación determinada, pero sin mostrar las bases de ese descontento. Él sugería, en cambio, proponer *garantías* contra el desgobierno, lo cual evita la perplejidad de tener que preguntarnos por la fuente de esos supuestos derechos. La principal garantía para Bentham consistía en la publicidad de los actos de gobierno, de modo que tales actos fueran juzgados ante el tribunal de la opinión pública, cuya decisión desfavorable podía motivar la desobediencia de los súbditos. Cfr. JEREMY BENTHAM, "Securities Against Misrule, Adapted to a Mahomedan State, and Prepared With Particular Reference to Trípoli in Barbary", en John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, vol.8, capítulo I, secciones I y II y capítulo II, sección I.

¹⁴ BENTHAM, "Supply Without Burthen", cit., p. 72. Al analizar este texto de Bentham, Waldron dice con razón que "uno no podría desear una exposición más vívida de la posición contraria a los derechos naturales". JEREMY WALDRON, "Supply Without Burthen Revisited", *Iowa Law Review*, vol.82, (1997), p. 1478.

¹⁵ BENTHAM, "Supply Without Burthen", cit., p. 70. Hart sostiene que Bentham tenía un motivo adicional para rechazar la separación entre derecho y derecho positivo, y consistía en la falta de un criterio claro para hacerlo: existe aquí una incorregible indeterminación, ante la falta de un criterio de identificación y de aplicación. H. L. A. HART, "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", en *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 82

aquello a lo cual tiene un derecho moral.¹⁶

Por una parte, Mill reconoce que la idea de justicia parece abarcar generalmente la idea de un derecho personal:¹⁷

La justicia implica algo que no solo es correcto hacer, e incorrecto no hacer, sino algo que alguna persona individual pueda reclamarnos como su derecho moral.

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,

*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 también 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 esta no cumple con los recaudos de la moral, mientras que el *test* del positivismo para reconocer una norma como derecho prescinde 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 asimismo un examen moral, el punto central que parecía separar a los positivistas de los iusnaturalistas ha desaparecido.

¹⁶ JOHN STUART MILL, *Utilitarianism*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1971, p. 44.

¹⁷ MILL, *Utilitarianism*, cit., pp. 47-48.

¹⁸ MILL, *Utilitarianism*, cit., p. 55.

El concepto de derecho

Acorde con su posición crítica respecto del derecho natural, y como complemento de ella, Bentham ofrece una concepción positivista del derecho. Ya en “Anarchical Fallacies” había arribado a la conclusión de que no existían derechos naturales opuestos a los derechos legales, o en contradicción con ellos,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, retóricas y traficantes en venenos morales e intelectuales, provienen derechos imaginarios, una cría bastarda de monstruos.*²⁰

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

*Para mí un derecho y un derecho legal 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 solo 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 que

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

¹⁹ BENTHAM, “Anarchical Fallacies”, cit., p. 52.

²⁰ BENTHAM, “Anarchical Fallacies”, cit., p. 69.

²¹ BENTHAM, “Supply Without Burthen”, cit., p. 73.

*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 pueda ser llevada a cabo (...). 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 solo fue descubierto en 1939 y publicado en 1945, mientras que la primera edición del libro de Austin apareció en 1861).

Austin enuncia enfáticamente que

²² JEREMY BENTHAM, *Of Laws in General*, London, The Athlone Press, 1970, p. 1. Precisando más la clasificación, puede distinguirse entre el positivismo jurídico sustantivo y el positivismo jurídico metodológico. El sustantivo sostiene que no existe una conexión necesaria entre la moral y el contenido del derecho, mientras que el metodológico sostiene que la teoría jurídica puede ofrecer una descripción normativamente neutral del derecho. STEPHEN R. PERRY, "Hart's Methodological Positivism", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2001, p. 311. Utilizando esta clasificación, Schofield concluye que Bentham era un positivista sustantivo, pero no metodológico. PHILIP SCHOFIELD, "Jeremy Bentham, the Principle of Utility, and Legal Positivism", en Stephen G. Engelmann (ed.), *Selected Writings. Jeremy Bentham*, New Haven, Yale University Press, 2011, p. 449.

²³ BENTHAM, *Of Laws in General*, cit., p. 135. Bentham pensaba que el tipo más común de ley es el que contiene una parte que conmina, en virtud del hecho de que el cumplimiento es asegurado más efectivamente por la amenaza de un castigo. Ninguna ley individual puede estar compuesta solo de una parte expositiva. Cfr. M. H. JAMES, "Bentham on the Individuation of Laws", *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol.24 (1973), pp. 365 y 367.

²⁴ La aplicación de las órdenes genera complicaciones, que Bentham describe bajo la forma de "aspectos de la ley", de los que identifica cuatro. *Of Laws in General*, cit., p. 94.

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

*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 infligir un dolor o un daño en caso de que el deseo sea descartado (...). Estar sujeto a un daño de parte suya si yo no cumpla con un deseo que usted 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 cumpla con mi deber es lo que se denomina sanción o castigo (pp. 89-90), de donde

orden, deber y sanción son términos inseparablemente conectados: cada uno de ellos se refiere a las mismas ideas que los otros, aunque

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

²⁷ AUSTIN, cit., pp. 79 y 86.

²⁸ AUSTIN, cit., pp. 86-87.

²⁹ AUSTIN, cit., p. 89.

*cada uno denota esas ideas en un orden peculiar.*³⁰

El derecho, tanto para Bentham, como 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 sean idénticas. La teoría de Austin es claramente imperativa, y solo imperativa, mientras que en el caso de Bentham el tema es más complicado. Por una parte, Bentham parece estar defendiendo un imperativismo estricto, que solo acepta órdenes y prohibiciones. Esto ocurre, por ejemplo, cuando sostiene que no puede existir ninguna ley mediante la cual ninguno esté obligado, o coercionado, 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 todas formas, 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* (crítica que ya había sugerido con anterioridad). En 1961 fue nuevamente criticada por Hart en *The Concept of Law*, de modo que no puede decirse que tenga influencia en la actualidad.³⁴ Pero creo que puede decirse que Bentham anticipó, de manera embrionaria, la idea de Hart acerca del aspecto interno de las normas. Cuando se refiere a la imposición de obligaciones, Bentham habla de la necesidad de que exista una fuerza física superior a toda resistencia y respecto de la cual

*sea por reflexión, y por hábito e imitación, los miembros de la comunidad como un todo estuvieran en un estado de disposición constante de brindar, si no de manera activa, al menos una obediencia pasiva y carente de resistencia.*³⁵

Debe quedar en claro que, si bien los utilitaristas defendían una variante del

³⁰ AUSTIN, cit., pp. 91-92.

³¹ BENTHAM, *Of Laws in General*, cit., p. 54.

³² BENTHAM, *Of Laws in General*, cit., pp. 95-97.

³³ Cfr. DAVID LYONS, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", *Cornell Law Review*, vol.57, 1972.

³⁴ He descrito la teoría de Bentham solo para enfatizar sus rasgos positivistas, los que se siguen de su rechazo al derecho natural. Para una descripción completa de la teoría, cfr. M. H. JAMES, "Bentham on the Individuation of Laws", cit.

³⁵ JEREMY BENTHAM, "Introductory View of the Rationale of Evidence", en John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843, vol.VI, p. 7.

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 libremente.*³⁶

Y que Mill decía:

*Parece universalmente admitido que hay leyes injustas, y que el derecho,
consecuentemente, no es el criterio último de justicia.*³⁷

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 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.*³⁸

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.³⁹

Hay cuatro situaciones en las que el castigo no debe ser aplicado: a) cuando carece de fundamento, esto es, cuando el acto no es maligno; b) cuando es ineficaz,

³⁶ BENTHAM, *A Fragment on Government*, cit., p. 10.

³⁷ MILL, *Utilitarianism*, cit., p. 44.

³⁸ WILLIAM PALEY, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, Liberty Fund, Indianapolis, 2002, p. 373.

³⁹ JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Basil Blackwell, 1967, p. 281.

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.⁴⁰

En las situaciones en las cuales el castigo puede aplicarse este debe, a su vez, 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 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 el mal al menor costo posible.⁴¹

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.*⁴²

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”,⁴³ 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

*el caso más común es aquel en el cual 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.*⁴⁴

Resulta claro que Bentham no está pensando aquí en el caso de los rehenes, sino

⁴⁰ BENTHAM, *An Introduction...*, cit., p. 282.

⁴¹ BENTHAM, cit., p. 289.

⁴² JEREMY BENTHAM, *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 252.

⁴³ BENTHAM, *Of Laws in General*, cit., p. 136.

⁴⁴ JEREMY BENTHAM, “Principles of Penal Law”, en John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edinburgh, 1843, vol.I, p. 391.

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 este no solo puede, sino que debe ser aplicado (...). Decir que un castigo tal no debería aplicarse sería una contradicción en los términos.*⁴⁵

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 en base a 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– 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 necesario.

Bentham establece también reglas para la aplicación de la tortura, de las que solo voy a mencionar tres: a) ella no debe aplicarse sin una prueba convincente de que está en poder del prisionero hacer lo que se le pide; b) ella no debe aplicarse sino en casos que no admiten demora; y c) ella no debe aplicarse sino en los casos

⁴⁵ BENTHAM, "Principles of Penal Law", cit., pp. 475-476.

donde está garantizado el beneficio de emplear un remedio tan extremo.⁴⁶

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 solo 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.*⁴⁷

Porque el castigo produce dolor y el dolor es malo: el castigo solo 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, y es una de las dos teorías dominantes en el área, compitiendo allí con la teoría retributiva de Kant.

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 *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.*⁴⁸

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.

⁴⁶ Los manuscritos de Bentham sobre la tortura se encuentran en W. I. ROSEN & P. E. ROSEN, "Bentham on Torture", en M. H. James (ed.), *Bentham and Legal Theory*, Northern Ireland Legal Quarterly, pp. 42-43 y 45-47.

⁴⁷ BENTHAM, "Principles of Penal Law", cit., p. 398.

⁴⁸ J. S. MILL, "On Liberty", en *Three Essays*, Oxford University Press, 1975, p. 9.

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 legales 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 derechos legales en casos de conflicto.

Pero los derechos constitucionales 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 entre 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 solo 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 —por ejemplo— derechos constitucionales y —consecuentemente— derechos de igual jerarquía? La Constitución, al no establecer una jerarquía entre 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 de 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.

Las consecuencias como justificación para desplazar derechos

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 al pie de 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. (Esta idea constituye el centro de la discusión del capítulo 12).

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 más importantes del siglo veinte 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 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? Sí y no. 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 solo exige precaución al caracterizar la catástrofe.

En estos casos, ciertamente, los jueces tiene 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 –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.

