

Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill (*)

H. L. A. HART
Universidad de Oxford

I

La crítica de Bentham más extensa y pormenorizada de la doctrina de «los derechos del hombre anti-jurídicos, pre-jurídicos y de los derechos naturales anteriores a Adán»¹, como él la denominaba, se encuentra en su obra póstuma publicada con el título de «Anarchical Fallacies». Esta obra somete a un extenso y minucioso examen, y a veces repetitivo, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del

* Este artículo apareció con el título «Natural rights: Bentham and John Stuart Mill» en *New York Review of Books*, XXVII (8), 1980; ahora es el cap. IV de «Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory», H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1982.

¹ Works II, pp. 491 a 524. Vid. el artículo del profesor Twining, «The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical Fallacies» (*Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie* XLI (1975), p. 315), para una exposición brillante de la génesis y contenido de esta obra. Las críticas de la doctrina de los derechos naturales y no-jurídicos están también diseminadas en las Obras de Bentham en materias ampliamente diferentes y en distintas fechas. Vid. «View of a Complete Code of Law», Works III, 160-1, 184; «Pannomial Fragments», Works III, 218-221; «Supply Without Burden», en *Economic Writings*, 309-10, 332-7; «Comment», en CW, 62-3, 66, y también la carta de Bentham a John Lind en «Correspondance», I, en CW 341, así como el cap. III del libro *Essays on Bentham* cit. (se refiere a «The United States of America», que apareció por primera vez en el *Journal of Law and Economics*, XIX (3), 1976. (N. del T.)

N. del T.: La referencia 'Works' en la cita de Hart es la abreviatura de 'The Works of Jeremy Bentham', ed. de John Bowring (11 vols., Edimburgo, 1838-43); los números romanos se refieren a los volúmenes y los arábigos a las páginas. Por otro lado, la referencia 'CW' es la abreviatura de 'The Collected Works of Jeremy Bentham', Londres, 1968, que a partir de esta fecha se han venido publicando en una edición muy cuidada de Burns y Hart (todavía incompleta). Así, la abreviatura '«Comment» en CW' se refiere a 'A Comment on the Commentaries by Jeremy Bentham', en 'A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government' (ed. Burns y Hart en CW; Londres, 1977).

Ciudadano —que configuraba a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión como derechos naturales e imprescriptibles— y otros dos documentos que se derivaron de este texto. Es en esta obra en la que la famosa expresión «disparates sin fundamento»² aparece en medio de la denuncia más apasionada de una doctrina que Bentham despreció como intelectualmente desdeñable y que consideró peligrosa cuando era usada en la lucha política y se introducía en los documentos públicos, siendo portadora a su juicio de una amenaza para todos los gobiernos y para la estabilidad de la sociedad. La vehemencia de la crítica de Bentham culminó en la inquietante sugerencia de que la afirmación pública de los «derechos antijurídicos» constituía un delito moral que ahora la Revolución francesa «había demostrado su importancia mediante la observación práctica de que podría llevarse a cabo un delito jurídico en función de su 'hostilidad a la paz pública'»³.

Es manifiesto que gran parte de la retórica medrosa de la crítica de Bentham fue mediatizada por el terror, que ya le había conducido a sentir animadversión por la democracia, y a escribir, pero no a publicar, objeciones a la reforma democrática del Parlamento británico⁴.

Pero su hostilidad contra la ideología de los derechos naturales se había configurado con anterioridad a la Revolución francesa. Muchas de las objeciones planteadas en «Anarchical Fallacies» habían aparecido de forma abreviada en su más temprana crítica de la Declaración Americana de Independencia que había ofrecido en 1776 a su amigo John Lind con la finalidad de que fuera usada en su respuesta a la Declaración de Independencia⁵.

Las objeciones de Bentham a la doctrina que sostiene que el hombre posee derechos naturales, una vez que han sido depuradas de su retórica, se basan en dos ideas fundamentales. En primer lugar, la idea de que los hombres poseen derechos que no son creados por el Derecho positivo, pero que podían ser usados como crítica y oposición a él, se debió a una confusión conceptual importante; en segundo lugar, esta idea constituyó, en el uso semitécnico del término dado por Bentham, una «falacia política»⁶ como fuente de corrupción de la argumentación política y del pensamiento, especialmente cuando, incorporados en documentos políticos como los examinados en las «Anarchical Fallacies», pretendieron delimitar la acción de las legislaturas y del gobierno.

² Works II, 501.

³ *Ibidem*, 524.

⁴ Vid. cap. III *supra* (se refiere al cap. ya cit.), p. 69.

⁵ *Ibidem*, p. 63.

⁶ Vid. *The Book of Fallacies*, Works II, 379.

En este capítulo analizaré con algún detenimiento el coste de la confusión conceptual junto a una modificación de ese coste sugerida por Bentham y que mantiene un asombroso parecido con la teoría de los derechos morales, incluyendo algunos que son universales, analizados por John Stuart Mill en su discurso sobre la idea de justicia⁷ como parte distinta de la moralidad.

La crítica de Bentham de la doctrina de los derechos naturales imprescriptibles como el origen de las falacias políticas que encontró de modo expreso en los textos franceses y que analizó en las «Anarchical Fallacies», ha sido el objeto de un intercambio esclarecedor entre el profesor Twining y el señor Melvin Dalgarno⁸, tema sobre el que no seguiré discutiendo salvo para esclarecer los siguientes puntos. Bentham fue consciente, como lo había sido en sus primeros escritos, incluso en sus momentos más consternados y agobiantes, de los males que los gobiernos cometen al usar normas, y de la necesidad de mantener vivo el sentido de la desobediencia al Derecho que podría estar justificado en circunstancias particulares⁹. De este modo, incluso en las «Anarchical Fallacies», trató de esclarecer el hecho de que no debería existir una «obediencia indiscriminada» a las normas de cualquier país, ni siquiera en Inglaterra, donde el Derecho —como Bentham pudo decir en este período— estaba con «probabilidad al menos tan cerca de la perfección —en general— como el Derecho de cualquier otro país»¹⁰. Pero Bentham fue también siempre consciente de que, siempre que un sistema jurídico tuviera vigencia, del reconocimiento de que una norma particular produce un daño concreto no se podría derivar la conclusión de que su desobediencia estaba automáticamente justificada, como si ese daño hiciera inválido o nulo al Derecho.

Por esta razón, Bentham pensó que todas las normas que restringen la libertad serían dañosas, pero antes de dar el paso del reconocimiento del mal a la desobediencia, se podría llevar a cabo un cálculo racional, siendo necesario para ello el comparar cuidadosamente las consecuencias de la obediencia y la desobediencia¹¹. Durante toda su

⁷ *Utilitarianism*, cap. V, en 10 *Collected Works of John Stuart Mill* (ed. Robson, 1969; de aquí en adelante, *Utilitarianism*), pp. 203, 240 y ss. (hay trad. castellana, *El Utilitarismo*, trad. de Ramón Castilla, ed. Eguilar, 1.ª ed., 1955, 6.ª ed., 1980. N. del t.).

⁸ Vid. Twining, *op. cit.*, y Dalgarno: *The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical Fallacies: A reply to William Twining*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, XII, 357.

⁹ Works II, 528 y «Fragment», cap. 1, par. 43, en *CW*, 444; cap. IV, par. 21, en *CW*, 484. (Como es obvio, aquí se hace referencia a «A Fragment of Government», en *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, ed. Burns y Hart, en *CW*, Londres, 1977. Hay trad. castellana, *Fragmento sobre el Gobierno*, trad. de Julián Larios Ramos, ed. Aguilar, Madrid, 1973. N. del t.)

¹⁰ Works II, 528.

¹¹ Works III, 185, 219.

vida Bentham creyó firmemente que esto era la respuesta racional del ciudadano a las leyes injustas¹², sin afectarle su cambio del partido «tory» al «demócrata radical»; ni la frialdad del terror producida por la Revolución francesa. Esto tiene que recordarse cuando al leer su lenguaje intemperado al condenar los intentos para incorporar en Francia listas de derechos inalienables e imprescriptibles en sus declaraciones oficiales, y para moldearlos de un modo extremadamente general, enunció vagamente normas fundamentales incluso con el propósito de trabar irrevocablemente la acción de las legislaturas supremas. Quizá la peor de las falacias corruptoras que Bentham encontró en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue que, en lugar de hablar de lo que las legislaturas y el gobierno no tendrían o no deberían hacer al infringir estos derechos naturales enunciados de un modo abstracto, habló de lo que los gobiernos «no pueden hacer»¹³ ofreciendo así de antemano el conocimiento de circunstancias particulares, «frases sin valor»¹⁴ que las legislaturas pretenden llevar a cabo. «El veneno», dijo Bentham, «permanece escondido bajo palabras tales como «puedo» y «no puedo»¹⁵, y temió que su uso en la crítica del Derecho favorecería la insurrección y la anarquía, ya que fomentaría la creencia de que del reconocimiento del mal causado por alguna norma particular a la conclusión de que se podría rechazar como una norma inválida existe un simple paso a tomar sin la necesidad de calcular las consecuencias.

II

En la mayor parte de las diversas formulaciones de su crítica, la teoría de Bentham de la confusión conceptual que consideró inherente a la teoría de los derechos naturales, abarcó todas las formas en las que se presentó la creencia de que los derechos no son «productos» del Derecho positivo. «Los derechos subjetivos son productos del Derecho, y sólo del Derecho; no hay derechos sin Derecho —ni derechos contrarios al Derecho—, ni derechos anteriores al Derecho»¹⁶. De este modo su crítica se dirigió no solamente contra las teorías políticas de los derechos universales del hombre o derechos humanos por las que todos los hombres tienen derecho a la protección de sus intereses

¹² «Esta es la única cuestión que se debe analizar» (Works III, 185). «Es una cuestión de cálculo» (Works III, 219).

¹³ Works II, 494-5.

¹⁴ Works II, 511.

¹⁵ «La jerigonza enmascarada del asesino», «Palabras que son puñales» (Works II, 500).

¹⁶ Works III, 221.

básicos tales como la libertad, la seguridad y la búsqueda de la felicidad, cuya protección es función del gobierno.

Algunas veces Bentham afirma simplemente que «un derecho y un derecho subjetivo-jurídico son la misma cosa»¹⁷, y que la noción de un derecho no creado por el Derecho es una contradicción semejante a «un cuadrado redondo», «un hijo que nunca tuvo a un padre», «una especie de calor frío», una «clase de humedad seca», un «tipo de oscuridad resplandeciente». Sin embargo, algunas veces, y de un modo más plausible, rechaza la tesis de la separación entre la idea de un derecho y el Derecho positivo, no porque se introduzca una contradicción, sino lo que denominaré «una falta de criterio». Esto es, una indeterminación sin posibilidad de éxito, ya que tal separación, pensó Bentham, rechaza la noción de cualquier criterio para su identificación y aplicación. La falta de criterio de los derechos naturales alegados significa que su uso en la argumentación política puede traer como resultado o bien una discusión incierta, o lo que es peor, una laguna que los hombres, con un orgullo desmedido y frecuente, colmarán al identificar como derechos naturales cualquier «capricho político» que tienen que satisfacer, disfrazando así mediante un rimbombante lenguaje jurídico lo que de hecho no es sino una «aserción sin sentido»¹⁸. «Cuando se emplea una palabra como 'derecho' —escribió Bentham— una nube negra eclipsa todo. Ninguna concepción puede ser aprehendida con palabras como 'derecho', a menos que se recurra al concepto de Derecho positivo o algún hecho sobre el que se aplica la fuerza del Derecho. Rechazemos la idea del Derecho positivo y todo lo que se obtenga mediante el uso de la palabra 'derecho' será una cuestión discutible»¹⁹. De este modo concluye diciendo que el único caso en el que la palabra 'derecho' tiene un significado determinado e inteligible es aquel en el que tiene su adjetivo 'político'²¹.

La crítica general de la idea de un derecho no creado por el Derecho positivo puede parecer ahora absurda²², y no está tan claro cómo Bentham habría respondido a la objeción de que a pesar de la duda de que los derechos naturales no jurídicos pueden servir como elementos de una teoría política o invocados en oposición al Derecho

¹⁷ *Economic Writings*, I, 334.

¹⁸ *Ibidem*, 334-5.

¹⁹ *Ibidem*, 335.

²⁰ Works VIII, 557.

²¹ Works III, 218.

²² Pero esto no fue así para algunos pensadores 'victorianos', incluyendo algunas críticas del utilitarismo de Bentham. Así, Matthew Arnold, al discutir sobre qué igualdad social y económica sería más deseable en Inglaterra, rechazó la creencia en los derechos naturales y dijo: «Si la idea de que todos los derechos subjetivos son creados por el Derecho es una conocida doctrina inglesa, ciertamente esa doctrina ortodoxa es mía» («*Essay on Equality*», en *Mixed Essays, Iris and Others*, 1883, p. 46).

en una discusión pública, los derechos tienen un lugar firmemente establecido en los juicios morales ordinarios que los individuos privados hacen normalmente de sus conductas. Un hombre promete ejecutar algún acto por un amigo: seguramente, bajo circunstancias normales, tanto si la promesa es jurídicamente coercible o no, se crea una obligación moral para la persona que formula la promesa y un derecho para el amigo con respecto al acto prometido, así como para reclamar su cumplimiento si éste no es previsible. Insisto, un hombre puede autorizar a un amigo a leer su diario privado o a cuidar a sus hijos. Seguramente, el amigo puede contestar a la pregunta ¿qué derecho tienes para leer ese diario privado o para dar órdenes a sus hijos?, diciendo: «tengo un derecho para hacer estas cosas porque se me ha concedido un permiso para hacerlas». Estos casos parecen ejemplos claros de derechos no jurídicos, derechos morales, y su existencia no parece más problemática que la obligación moral correlativa al derecho en el caso de la promesa, y las obligaciones que son calificadas o exceptuadas del acto de otorgar un permiso en los dos últimos casos. Ahora bien, estos ejemplos de derechos se pueden denominar por supuesto conceptos morales; son creados deliberadamente por una acción humana voluntaria que en la moralidad convencional o positiva de la sociedad se reconoce como un acto que crea derechos, como el que ofrece una promesa a alguien o le otorga un permiso para hacer algo que normalmente no está permitido. Estas acciones constituyen lo que se podría denominar un título del derecho, constituyendo un recurso jurídico para resolver la cuestión sobre si Bentham, al decir que ningún concepto se podía aplicar a la palabra «derecho» a menos que se recurriera al concepto de Derecho positivo o algún hecho sobre el que se aplica la fuerza del Derecho, entendió incluir en las últimas palabras citadas la moral social convencional apoyada por sanciones sociales de carácter informal. Ciertamente, Bentham reconoció que las convenciones apoyadas por lo que denominó la «sanción moral o popular que consiste en perjuicios derivados de una mala voluntad» daba origen a una forma de obligación que llama moral²³. No parece que exista ninguna razón de por qué su análisis de los derechos subjetivos —en la medida en que surgen de la presencia o ausencia de una obligación jurídica— no se debería aplicar «mutatis mutandis» a la moralidad convencional. Parece claro que el principal objetivo de las negaciones radicales de Bentham de la existencia de derechos no jurídicos fue la doctrina que sostiene que los hombres poseen de-

²³ PML, cap. II, para. 3 y 5, en CW 34-5, y Fragment, cap. 7, para. 7, en CW, 496, y vid. «Bentham's of Laws in General», *Rechtstheorie* ii (1), 1971. (La ref PML se refiere a «An Introduction to the Principles of Morals and Legislation», ed. Burns y Hart, en CW, Londres, 1977. El ensayo «Bentham's of Laws...», ahora vid. en *Essays on Bentham, op. cit.*, cap. V. N. del T.)

rechos universales que son naturales en un triple sentido: no son productos, humanos o divinos²⁴, su existencia no depende del reconocimiento o convención social, y de manera importante, reciben o se adaptan a ciertas características de la naturaleza humana. Bentham pudo haber rechazado coherentemente los derechos naturales de esta clase y haber admitido la existencia de derechos no jurídicos que se apoyaban en convenciones sociales coercitivas, o como los últimos utilitaristas denominaron la «moralidad positiva» que se podía crear o extinguir por la acción humana voluntaria. En lugar de la afirmación no calificada de Bentham de que no existen derechos no jurídicos, parece razonable atribuirle la intención de admitir lo que se puede denominar derechos morales positivos similares a los derechos subjetivos entendidos como «algo sobre lo que el Derecho positivo aplica su fuerza». En su teoría de los derechos naturales, John Stuart Mill analiza la moralidad convencional o, como él la denomina, la «opinión», en la medida que juega el mismo papel en relación a los derechos morales como con el Derecho positivo, aunque su concepción es muy diferente de la de Bentham²⁵.

Una cuestión más compleja pero más importante consiste en dilucidar por qué Bentham, puesto que intentó sostener la tesis de que un derecho no jurídico es una simple contradicción, no fue capaz de aceptar una teoría utilitarista simple de los derechos naturales no jurídicos como algo coherente con su adopción de un utilitarismo no calificado según el cual «la felicidad del mayor número es la medida de lo correcto e incorrecto»²⁶. Esto podría parecer que favorece un criterio para identificar qué derechos pueden tener los hombres aparte de los creados por el Derecho positivo o de los que surgen en virtud de las convenciones sociales. La teoría de Bentham distingue dos tipos principales de derechos subjetivos: derechos para hacer algo que surgen de la ausencia de una obligación jurídica para no hacerlo (llamados derechos-libertad) y derechos positivos o negativos que surgen de la existencia de obligaciones sobre otros para hacer o abstenerse de hacer algo que afecte al titular del derecho²⁷ (llamados derechos-deber). La cuestión consiste en dilucidar por qué Bentham no debería haber dicho que los hombres tienen derechos no jurídicos de estas mismas dos clases basados en el principio de utilidad; es decir, dere-

²⁴ Bentham considera que la noción de los derechos que se derivan de las leyes divinas no están sujetos a su crítica de los derechos naturales contemplados por él como constitutivos de una doctrina esencialmente atea, «lo más lejano de los derechos divinos»; vid. *Economic Writings*, I, 310 n. y 334 n.

²⁵ *Utilitarianism*, 250.

²⁶ «Fragment», prefacio en CW, 393.

²⁷ Vid. «Bentham's legal rights», en *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2.ª serie, ed. Simpson, Oxford, 1973 (ahora en cap. VII, *Essays on Bentham, op. cit.*).

chos-libertad, cuando al calcular la maximización de la utilidad general no se encontrara ninguna razón para reprimir alguna acción humana, y derechos-deber cuando tales cálculos proveen alguna razón para que el titular del derecho haga o se abstenga de hacer algo. Desde este punto de vista, los derechos no se presentarían en realidad —como se hace— en las formulaciones de los derechos universales del hombre que Bentham se preocupó de criticar, situándose en el nivel más profundo de una teoría de los derechos morales, sino que derivarían del propósito fundamental de maximizar la utilidad. De este modo, la teoría en cuestión no estaría correctamente basada; pero si la principal fuente de confusión —que Bentham encontró en la noción de derechos no jurídicos— fue la de la separación de los derechos del Derecho positivo, derechos que permanecen en el vacío sin ninguna nota o criterio que los identifique (un mero «sonido polémico»), ¿por qué no se debería haber basado un criterio apropiado en lo que denomina «el axioma fundamental y medida de lo correcto e incorrecto»?

Ni Bentham, que rechazó la idea de los derechos no jurídicos, ni John Stuart Mill, quien, por el contrario, sostuvo que los derechos morales (incluso algunos que eran universales) eran componentes esenciales de las nociones de justicia, no aceptaron tal simple y directa teoría utilitarista de los derechos —aunque, como demostraré, Bentham la configura en un esquema inicial y Mill la toma en serio— como una variante indirecta de la teoría utilitarista. Creo que existen diversas razones que ambos pensadores podrían haber expuesto para rechazar la aceptación de lo que denominaré «títulos utilitaristas», es decir, las libertades o deberes, a las que un individuo estaría legitimado en cualquier momento dado mediante una aplicación directa de los principios de utilidad como «derechos». Porque el contenido de tales títulos utilitaristas variaría en circunstancias cambiantes, y no tendría ni la estabilidad temporal ni la disposición consiguiente como guías para la acción, tanto para el titular del derecho como para los que están sólidamente vinculados con esta noción siempre que sea empleada. Ni tampoco esta simple teoría utilitarista de los derechos expresa el evidente y perentorio carácter de la invocación de los derechos como exigencias que justifican ciertos hechos sobre los demás, expresando más bien lo que se tiene que hacer o no que lo que se debe o no se debe hacer. Esta teoría utilitarista directa, aunque no con una falta de criterio absoluta, considerando estas titulaciones variables como derechos, las habría abandonado a menudo, si no siempre, como «sonidos polémicos».

Sin embargo, la razón más importante para rechazar la teoría utilitarista directa de los derechos en cuestión, consistente en que habría suprimido la conexión entre el concepto de derechos y las obligaciones

coercitivas, cualquiera que fuera su forma precisa, fue considerada por Bentham y Mill como una característica central de la noción de derechos. El hecho de que la conexión se suprimiría si las simples titulaciones utilitaristas fueran consideradas como derechos, se deduce con claridad del hecho de que ni Bentham ni Mill tuvieron en cuenta las exigencias directas del principio de utilidad como constitutivas en sí mismas de obligaciones. Ambos pensadores unieron la noción de obligación a la de sanciones coercitivas, aunque no estaban de acuerdo ni en la forma de la conexión ni en las formas que podrían adoptar tales sanciones.

Aunque Bentham llama al principio de utilidad la «medida de lo correcto e incorrecto» y lo considera como constitutivo de los standards por los que el Derecho, la moralidad convencional y cualquier sociedad debería ser juzgada, no piensa obviamente que las obligaciones o deberes (que consideró, al igual que Mill, como equivalentes) se originen por el principio de utilidad²⁸. Para él, una condición necesaria de la obligación que tiene un hombre para actuar de cierto modo consiste en la probabilidad de sufrir en el caso de no llevar a cabo esta acción²⁹. En el caso de una obligación jurídica, el daño se administra según el Derecho por funcionarios en la forma de una sanción jurídica, y en el caso de lo que él denomina una obligación moral, el daño toma la forma de sanciones espontáneas, populares o morales a causa de la violación de las convenciones sociales por aquellas «personas probables» con las que el ofensor mantiene alguna relación. El contenido de las obligaciones jurídicas y morales definido de este modo podría coincidir con las exigencias de los principios de la utilidad en las sociedades civilizadas y, según Bentham, la tarea del legislador y educador moral consiste en reconocer lo que hacen tan a menudo como posible, y de este modo «construir la fábrica de la felicidad mediante la razón y el Derecho»³⁰, aunque esta coincidencia es totalmente contingente y no fundada con frecuencia, de modo que la obligación moral y jurídica pueden estar en conflicto con las exigencias de la utilidad.

La doctrina de Mill sigue a Bentham en este punto, aunque usa una terminología diferente; llama a los principios de la utilidad, no axiomas o medidas de lo correcto o incorrecto, sino principios de «conve-

²⁸ Bentham, olvidando aparentemente su definición de la obligación en términos de sanción, a veces habla de las exigencias del principio de utilidad como obligaciones. «Fragment», cap. I, para. 36, en *CW*, 441, y cap. I, para. 45, nota marginal en *CW*, 445.

²⁹ Vid. «Legal Duty and Obligation», cap. VI de *Essays on Bentham, op. cit.* (Este ensayo apareció en italiano en la *Rivista di Filosofia*, 1966), para las diversas interpretaciones de Bentham sobre este punto y para un detallado análisis de la teoría de Bentham de la obligación jurídica.

³⁰ PML, cap. I, para. 1, en *CW* I.

niencia»³¹, afirmando así claramente que estos principios no constituyen por sí mismos una moralidad o fuente de la obligación moral, que como Bentham, aunque por diferentes razones, no identifica con la conducta que maximiza la utilidad general. Es probable que en la medida en que la obligación jurídica preocupa a Mill, éste habría aceptado la teoría de Bentham en términos de sanciones jurídicas o castigo, pero su concepción de la incorrección u obligación moral descansa en una forma diferente de conexión con los castigos o sanciones. La moralidad, para Mill, es un segmento especial de la utilidad que se distingue de la simple conveniencia y que no exige a los hombres hacer los actos que maximizarían el bienestar general. En lugar de esto, aquellas acciones solamente son consideradas moralmente obligatorias si su efecto sobre el bienestar general es tan considerable que siempre habría una buena razón para castigar las violaciones de su ejecución, con respecto a la utilidad general, incluso cuando son tenidos en cuenta los inconvenientes implicados en la regulación y administración del castigo. Las reglas simplemente morales o convencionales apoyadas por sanciones no eran, tanto para Mill como para Bentham, una forma de la moralidad o fuente de la obligación moral como tales, sino solamente en el sentido de que sus exigencias parecen coincidir con las de la moralidad tal y como Mill las define; esta doctrina se expresa con las siguientes palabras:

«No calificamos de injurioso un acto, a no ser que queramos indicar que la persona que lo realiza debe ser castigada de un modo o de otro, si no por el Derecho, por la opinión de sus semejantes; si no por la opinión, por los reproches de su propia conciencia. Esta parece ser la clave de la distinción entre moralidad y simple conveniencia: es una parte de la noción de deber, en cualquiera de sus formas, el que una persona pueda ser legítimamente obligada a cumplirlo. El deber es algo que puede exigirse a una persona lo mismo que se exige el pago de una deuda; no consideramos como deber de una persona más que lo que puede exigírsele... Creo que no cabe duda de que esta distinción yace en el fondo de las nociones de justicia e injusticia; calificamos de injusta una conducta o empleamos, en vez de ésta, otra palabra que indica aversión o desprecio, según consideremos que una persona debe o no ser castigada a causa de esa conducta»³².

La conexión que Bentham y Mill establecen entre la noción de deber u obligación y sanciones (y en el caso de Mill entre lo moralmente incorrecto y las sanciones), aunque difieran en la forma de la conexión, es suficiente para explicar por qué no fue concebida directamente por cada uno ninguna teoría utilitarista de los derechos morales no

³¹ *Utilitarianism*, 246, 255.

³² *Ibidem*, 246.

jurídicos. Pero también explica el hecho de por qué, de modo indirecto, Bentham pensó en una teoría utilitarista de los derechos morales (aunque de un modo muy limitado) como una posible interpretación de los derechos naturales, y cómo esto fue tenido en cuenta muy seriamente por Mill en su teoría de los derechos morales como elementos esenciales de la noción de justicia, que considera como distinta de la moralidad en general por lo que implica respecto de los derechos morales de los individuos³³. En diversas partes de su crítica a los derechos naturales, Bentham acepta que, en su forma más estimable, hablar de los derechos naturales no jurídicos puede entenderse como un medio oscuro para decir que los hombres deberían tener ciertos derechos jurídicos. «Si digo que alguien tiene un derecho natural a este abrigo o a esta tierra, todo lo que puede significar, si quiere decir algo verdadero, es que, en mi opinión, debería tener un derecho político: debería ser protegido y garantizado en su uso mediante los servicios apropiados que le prestan los funcionarios competentes del gobierno»³⁴. Bentham añade en este punto lo siguiente: «Debería ser así —es decir, que la idea de ser así me agrada— y la idea que surge del resultado opuesto me desagrade»³⁵. Ahora bien, en otros pasajes, Bentham considera que la persona que recurre al lenguaje oscuro de los derechos naturales para afirmar que debería existir un determinado derecho jurídico, puede tener buenas razones para la afirmación, y que estas buenas razones son razones de utilidad general. Incluso cuando Bentham piensa que ese lenguaje debe ser rechazado por su oscuridad malintencionada y por ser el origen de una confusión peligrosa «existe una razón para desear la existencia de esos derechos en función de la exigencia de la felicidad que resulta de la reivindicación de tales derechos», «pero las razones para desear la existencia de tales derechos no son derechos: una razón para desear que un derecho determinado sea establecido no se identifica con ese derecho —la carencia no es la provisión—, el hambre no es el pan»³⁶. Bentham, teniendo en mente esta explicación utilitarista indirecta de los derechos no jurídicos, fue capaz de decir: «No conozco ningún derecho natural excepto aquellos que son creados por la utilidad general, aunque incluso en este sentido sería mucho mejor no escuchar nunca este tipo de palabras»³⁷.

Aunque no tengo ninguna evidencia del hecho de que Mill tuviera en cuenta estos pasajes de Bentham al exponer su propia teoría de los derechos morales, parece ser que su teoría es un reflejo de lo que Bentham pensaba que era «todo lo que podía ser significativo» al

³³ *Ibidem*, 247.

³⁴ *Works* III, 218.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Works* II, 501, cf. *Works* III, 221.

³⁷ *Economic Writings* I, 333.

enunciar un derecho natural. Ahora bien, en lugar de desaprobado, como Bentham hace, el sentido dado a la noción de un derecho no jurídico al considerarlo como una fuente de confusión, Mill considera este concepto como un elemento esencial de su teoría de la justicia en la medida en que es diferente del resto de la moralidad, ya que una acción injusta se distingue de las acciones que son moralmente incorrectas por el hecho de que infringe el derecho moral de algún individuo «identificado». Mill subraya que su doctrina no consiste en ningún «derecho abstracto»³⁸ y no usa la expresión «derecho natural», aunque pensó que es posible al rechazar las doctrinas tradicionales de los derechos naturales y abstractos con el fin de llegar a la conclusión de que existen ciertos derechos morales que todos los hombres tienen, que protegen sus más vitales intereses individuales y que son naturales en todos los sentidos que he señalado. Porque tales derechos, para Mill, no son productos humanos o divinos; son independientes del reconocimiento social o convencional y se adaptan a ciertas características de la naturaleza humana. La formulación de Mill, que se parece mucho al lenguaje de Bentham arriba citado, es la siguiente: «Cuando decimos que una cosa constituye el derecho de una persona, queremos decir que tiene una pretensión válida a que la sociedad le proteja en su propiedad, sea por la fuerza de la ley, sea por la de la educación y la opinión. Si tiene lo que por cualquier causa consideramos títulos suficientes para que la sociedad le garantice la posesión de algo, decimos que tiene derecho a ello»³⁹. Estas formulaciones, como las de Bentham arriba citadas, no especifican en sí mismas la razón por la que tales pretensiones como derechos constitutivos deberían hacerse cumplir por la sociedad, aunque Mill añade esto como cuestión diferente: «Si cualquier objetante me pregunta por qué lo debe, no puedo darle otra razón que la de la utilidad general»⁴⁰, y este añadido parece similar al de Bentham «en proporción a la exigencia de felicidad que resulta de la exigencia de ciertos derechos, existe una razón al desear que existan tales derechos»⁴¹.

El hecho de que tenga o no razón al pensar que el análisis de Mill de los derechos morales es un reflejo de la creencia y de las notas críticas de Bentham, exige ciertamente un estudio crítico. Porque si esta tesis tuviera éxito daría una respuesta a lo que seguramente es su crítica más seria, es decir, la tesis de la «falta de criterio» que Bentham aduce contra la doctrina de los derechos naturales, y también respon-

³⁸ *On Liberty*, en 18 *Collected Works of John Stuart Mill* (éd. Robson), 224. (Hay trad. cast. *Sobre la libertad*, Ed. Alianza, Madrid, 1970.)

³⁹ *Utilitarianism*, 250.

⁴⁰ *Supra*.

⁴¹ *Utilitarianism*, 250.

⁴² *Supra*.

dería a los filósofos contemporáneos que se han opuesto al utilitarismo en función de teorías políticas y morales que se basan en la idea de los derechos y que todavía están tratando de encontrar una respuesta⁴³. Mill no solamente hubiera querido, de haber tenido éxito su análisis, haber encontrado una respuesta a la crítica fundamental de Bentham, sino que hubiera tenido un especial atractivo para Bentham como utilitarista, aun siendo consciente de que su análisis implica una forma especial e indirecta de esa doctrina.

Al tener en cuenta las teorías de Mill de los derechos morales es importante distinguir la forma general del análisis de la razón específica utilitarista («utilidad general») que Mill expone para hacer cumplir las pretensiones individuales mediante el Derecho o la presión social, pensando que tiene que existir si tales pretensiones constituyen derechos morales. Cualesquiera que sean los defectos de esta última argumentación, la forma general del análisis reproduce algunas características importantes que son inherentes a la concepción de los derechos universales usados en la crítica del Derecho y la sociedad o como elementos de la teoría política. La primera de estas características consiste en el hecho de que, según la forma general del análisis de Mill, para que un individuo tenga un derecho moral tienen que existir razones de especial peso acerca de por qué debería tener la libertad u otra ventaja sobre la que tiene un derecho. Estas razones deben ser lo suficientemente poderosas no sólo para justificar la coerción en casos individuales, sino para el uso de formas jurídicas y sociales de coerción, junto a todos los costes y otras inconveniencias implicadas inevitablemente en la coerción regulada de tal forma. De este modo, si las razones se derivan del principio de utilidad general, en la medida que se corresponden con el criterio específico de Mill, el tipo de utilidad en cuestión es, como se ha dicho, «extraordinariamente importante y fundamental»: «los elementos esenciales del ser humano», algo de lo que «ningún ser humano puede prescindir»; «la idea que tenemos a asociarnos con el prójimo para mantener seguros los cimientos de nuestra existencia»⁴⁴. De este modo, Mill subraya que las inconveniencias que se derivan de los derechos morales y «las reglas morales que prohíbe a los hombres dañarse unos a otros (en lo que no debemos olvidar incluir la interferencia injusta de la libertad de los demás) son más vitales para el bienestar humano que cualesquiera

⁴³ Vid., entre otros, Dworkin, «What Rights do we have», en *Taking Rights Seriously* (Duckworth, Londres, 1978), criticado en mi artículo «Between Utility and Rights», *Columbia Law Review*, 1980 (hay trad. cast. *Entre el principio de utilidad y los derechos humanos*, Revista de la Facultad de Derecho, Univ. Complutense, Madrid, 1979). Del primero hay trad. *Los derechos en serio*, de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

⁴⁴ *Utilitarianism*, 251.

otras máximas que, por importantes que sean, sólo señalan el mejor modo de dirigir alguna clase de asuntos humanos»⁴⁵.

En segundo lugar, la forma del análisis de Mill reproduce con precisión el carácter perentorio de los derechos morales: tener un derecho es tener una justificación moral para exigir alguna libertad de acción para uno mismo o algún «servicio» (deber), como lo llamó Bentham, por parte de los demás sobre la base de que, no obstante, la presión social o jurídica es apropiada. En tercer lugar, el análisis de Mill reproduce, aunque pienso que a la larga de una manera confusa, la idea de que los derechos morales fundamentales tienen importancia, aunque relativa, para el Derecho existente o para las convenciones establecidas por la sociedad. De este modo, si el Derecho vigente o las convenciones sociales ignoran tales derechos, éstos constituyen una razón moral no para la obediencia sino para pedir el cambio y para justificar la resistencia en ciertas circunstancias.

Ahora bien, creo que existen defectos tanto en el análisis formal de Mill de los derechos fundamentales como en el criterio utilitarista de la identificación ya señalado. Es obvio que un análisis aceptable de los derechos morales tiene que dar sentido, aunque no sea necesario considerarlo verdadero, al enunciado de que la existencia de tal derecho es una buena razón moral para tener y apoyar el Derecho o convención social que lo confiere. Por ejemplo, debe dar cabida al enunciado de que la justificación de una norma que confiere un derecho subjetivo para rendir culto como a uno le plazca consiste en que los individuos tienen un derecho moral a esta libertad, aunque pueden existir también otras buenas razones para justificar tal norma, y es evidente que existen normas para las que la protección de la moral de los individuos no forma parte de su justificación. Pero, como el análisis formal de Mill exige, decir que los hombres tienen un derecho moral a rendir culto como ellos gusten significa ya que existe una buena razón de por qué debería existir un derecho jurídico o convencional. Porque si la existencia de un derecho moral consiste en actuar como tal razón, el hecho de que tal derecho exista tiene que ser diferenciado de su existencia como tal razón. Si no se distinguiera el enunciado que afirma que la existencia de un derecho moral es una razón de por qué debería existir un derecho jurídico, cuando se anunciara, implicaría el enunciado de que la razón de por qué debería existir un determinado derecho jurídico consiste en que debería existir un derecho jurídico.

Desde un punto de vista teórico, no existe ninguna duda de que siempre debería existir una buena razón para hacer cumplir mediante el Derecho cualquier derecho moral. Ahora bien, mediante el significado de un derecho moral no podemos asegurar si esto debe ser un

⁴⁵ *Ibidem*, 255.

hecho contingente que podría manifestarse de otro modo, siempre que consideremos la existencia de los derechos morales como elementos que proveen razones morales del por qué deberían existir determinados derechos jurídicos. El profesor David Lyons, cuya importante defensa de la teoría de derechos de Mill⁴⁶ analizaré más tarde, ha sostenido que el análisis de Mill de las obligaciones e incorrecciones morales en términos de sanciones explicado arriba, puede ser inadecuado ya que parece tomar el rábano por las hojas. Si los castigos están moralmente justificados, la calificación del hecho incorrecto —solamente en el caso de que la persona castigada haya hecho algo moralmente incorrecto—, tiene que venir determinado con independencia del cálculo de la existencia o no de la justificación del castigo, contrariamente a la teoría de Mill de la incorrección moral. Así, otro modo de presentar la crítica hecha en el último párrafo de la teoría de los derechos de Mill consistirá en decir que es exagerado tomar el rábano por las hojas. La compulsión jurídica de las pretensiones individuales puede estar justificada si las pretensiones se equiparan a los derechos morales, pero no pueden equipararse a los derechos morales porque su compulsión jurídica esté justificada. El análisis de Mill, y voy a usar una expresión crítica que Bentham dirige a Blackstone, «repetiría el mismo objetivo que lleva a cabo una razón cuando se justifica a sí misma»⁴⁷.

Una segunda objeción al análisis de Mill consiste en decir que hay ciertamente derechos muy importantes que sólo los gobiernos, considerados en su totalidad, pueden hacerlos efectivos, pues exigen la promulgación y el respaldo de normas jurídicas; sin embargo, no todos los derechos, incluso aquellos que Mill reconoció como universales, son exclusivamente derechos contra el gobierno o la sociedad considerada como un todo que exigen la creación y respaldo de normas jurídicas y pactos apropiados, aunque Mill hable a veces, quizá de un modo descuidado, como si todos esos derechos o pretensiones fueran pretensiones que se dirigen exclusivamente a la sociedad para su protección. Obviamente, algunos derechos fundamentales —como los de la seguridad personal— pueden exigir también una no interferencia o una posible asistencia activa por parte de los individuos.

Los dos defectos que he mencionado se evitarían si la referencia a la compulsión jurídica u opinión que aparece en el análisis de Mill no fuera tratada como una característica definitoria de los derechos morales o no se señalara que son derechos exclusivamente contra el gobierno o la sociedad considerados globalmente, sino que fuera con-

⁴⁶ David Lyons: «Human Rights and the General Welfare», en *Philosophy and Public Affairs* 6 (1977).

⁴⁷ Fragment, Preface, en CW 407 n.

siderada simplemente como una «medida» de gran peso o importancia de la razón del por qué los individuos deberían tener la prestación o libertad particular que es el contenido de su derecho moral. Sobre esta base, decir que los hombres tienen derecho a rendir culto como les plazca, significa decir que, juzgados por cualquier criterio apropiado, la libertad de rendir culto es de tal importancia que compensa las cargas, desventajas y otros inconvenientes que se derivan de su protección jurídica, y de este modo, a fortiori, compensa cualquier razón general que tengan los individuos para suprimir o interferir tal libertad. Por ello, si los hombres tienen un derecho moral a rendir culto como les plazca, éste será un derecho que tanto los individuos como los gobiernos deben respetar. Ahora bien, el peso o la importancia del derecho identificado como un derecho independiente en sí mismo es una razón para la compulsión jurídica o social que hace posible decir que sea una razón para tal compulsión.

Pero el defecto más importante de la teoría de Mill de los derechos morales se centra en el papel asignado a la utilidad general en la identificación de aquellas pretensiones individuales que constituyen los derechos morales. Una teoría aceptable de los derechos no solamente tiene que dar sentido —como ya he señalado— al enunciado que sostiene que el hecho de que los hombres tengan un derecho moral particular es una razón del por qué deberían tener un derecho jurídico determinado, sino que también nos debe permitir distinguir entre diferentes tipos de justificación moral para la creación de los derechos jurídicos. Es obvio que la utilidad general y la existencia previa de los derechos morales son diferentes justificaciones, incluso cuando ambas, en algunos casos, se pudieran ofrecer para la creación del mismo derecho subjetivo. Si fueran iguales estos dos tipos de justificación, el resultado que se produciría al añadir al enunciado de que los hombres tienen un derecho moral a rendir culto como les plazca el enunciado de que se maximizará la utilidad general para asegurar esta libertad por el Derecho, sería una tautología, y el añadir que la utilidad no se maximizará para asegurar esto por el Derecho sería una contradicción. Desde tal punto de vista nunca podría existir un conflicto entre los derechos y la utilidad.

Nos podemos dar cuenta mediante ejemplos concretos de las dificultades inherentes que subyacen a toda identificación imprecisa entre la existencia de los derechos morales y la existencia de razones de utilidad general para la creación o mantenimiento de los derechos subjetivos. En Inglaterra, al final de la última guerra, y debido a las necesidades de la economía, se decidió que se deberían tomar dos medidas para beneficiar al país considerado en su totalidad. La primera consistió en que se debía pagar a los granjeros ciertas sumas de dinero

mediante subsidios que primasen ciertos tipos de explotación agrícola; la segunda, que los mineros del carbón que fueran extranjeros y que quisieran trabajar en las canteras inglesas se les debía permitir hacerlo. Estos cambios fueron recogidos por el Derecho positivo; de este modo, independientemente de las consideraciones de utilidad general de los granjeros y de los mineros extranjeros, se formularon derechos subjetivos, en el primer caso para acceder a los subsidios, y en el segundo, derechos de libertad de residencia para trabajar en Inglaterra. Sin embargo, nadie de los que defendieron o aprobaron esta legislación sobre tales fundamentos lo hizo sobre la base de la demostración que los granjeros o mineros inmigrantes tenían un derecho moral, bien para acceder a los subsidios, bien para trabajar en Inglaterra. La consecuencia consiste en que se podría haber confundido la noción de un derecho moral con la del derecho a hacerlo. Si la razón que justifica la concesión de determinados derechos subjetivos u otros derechos sociales positivos consiste en la utilidad general, podemos decir, sobre las bases de la moral utilitarista, que lo que corresponde hacer al gobierno consiste en producir y mantener tales derechos. Pero esto no lleva implícito la noción de que la persona a la que se le otorgan estos derechos subjetivos tenga derecho morales a las ventajas aseguradas por ellos. El enunciado de que las personas tienen derechos morales para la creación o mantenimiento de los derechos subjetivos significa que los últimos son algo que tiene que ser justificado, no mediante una referencia a consideraciones de la suma del bienestar general, sino mediante una referencia a los bienes individuales que todavía no han alcanzado esos derechos y sobre la base de que esos bienes no son simplemente valiosos como contribuciones al bienestar general o comunitario.

De hecho, Mill, en su identificación de ciertos derechos morales universales, se acerca mucho, aunque no lo suficiente, a reconocer la diferencia señalada por estos ejemplos sencillos entre la justificación de la creación de los derechos subjetivos mediante la utilidad general y su justificación mediante la idea de unos derechos morales previos. Se acerca mucho a esto cuando subraya la diferencia sobre las razones que denomina «de conveniencia común» y aquellas «utilidades mucho más importantes» que considera relevantes desde un punto de vista aislado para la identificación de los derechos morales universales «que protegen a cada individuo de ser dañado por otros, ya directamente, o de ser interferido en su libertad al perseguir su propio bien»⁴⁸. Los beneficios que se añaden a la economía y el bienestar general asegurado por los subsidios legales que se conceden

⁴⁸ *Utilitarianism*, 256; cf. Mill: *On the Subjection of Women* (Londres, 1869), cap. 2, para. 12.

a los granjeros, así como el permiso de trabajo que se concede a los mineros extranjeros, constituyen lo que ciertamente Mill denominó «razones de conveniencia común», y la razón para garantizar tales derechos se descubre investigando qué beneficios reportaría a la economía considerada en su totalidad y no en relación a los individuos. Pero las utilidades que siguiendo a Mill son el contenido de aquellos derechos universales que pertenecen a todos los individuos, son formas del bien individual de quienes tienen tales derechos. Son los elementos esenciales del ser humano individual y de los que posiblemente ningún ser humano individual puede prescindir. Se identifican con cierta independencia de la utilidad general, como si el criterio fuera exclusivamente conformarse con el bien individual y no con la utilidad general. Sin embargo, Mill defendió la tesis de que la razón para proteger tales bienes individuales mediante la compulsión jurídica consiste en la utilidad general y que su *status* como derechos morales depende de si las cosas son así. Por consiguiente, Mill defendió que el criterio para la identificación de los derechos morales tenía dos componentes: los bienes individuales esenciales y la utilidad general de la compulsión jurídica o social. Si su teoría consiste en evitar la contradicción, no se debe mostrar simplemente que estas dos mitades del criterio pueden coincidir, sino que (excepciones de casos particulares aparte) no pueden diverger; de este modo la utilidad general tiene siempre que exigir reglas generales que provean la protección jurídica y social de las formas del bien individual para todos los hombres⁴⁹. Esto se podría demostrar burdamente si la utilidad general fuera simplemente un nombre para el estado de cosas en el que todos los bienes individuales esenciales de todas las personas fueran completamente protegidas por el Derecho o las convenciones sociales; pero en ese caso, la utilidad general no podría ser una razón para tal protección jurídica o social. Si, por otro lado, la utilidad general se establece para algún bienestar general o comunitario, Mill, para mantener la consistencia de su criterio «bivalente» habría mostrado que las reglas que deniegan a alguna minoría la protección de los bienes individuales esenciales nunca podría ofrecer un grado mayor de bienestar general más que la protección de tales bienes individuales de todas las personas semejantes. En ninguna parte Mill intenta demostrar que tal sacrificio general de algunos individuos nunca podría ser exigido por la utilidad general. Incluso

⁴⁹ Mill sostiene que los derechos morales, que los tiene todo ser humano, no son absolutos: pueden «en determinados casos ser supeditados a otras utilidades sociales que pueden ser más importantes en ese caso particular, aunque no de forma general» (*Utilitarianism*, 259). Para su punto de vista sobre la necesidad de reglas públicas para asegurar intereses individuales básicos, vid. el ensayo *Whewell on Moral Philosophy*, en 10 *Collected Works*, 192.

aquellos escritores más preocupados por mostrar cómo difiere la concepción de Mill de la utilidad de la de Bentham, y que por felicidad él no quiso dar a entender, como lo hizo Bentham, algo tan simple como el excedente del placer sobre el daño, o de la «satisfacción de las necesidades» sobre la «frustración de las necesidades», sino más bien el desarrollo y realización de la individualidad⁵⁰, no piensan que esto implicaría que la libertad y protección del daño —sobre la que Mill piensa que todo ser humano tiene un derecho moral— debería extenderse a todos los semejantes. Porque la posibilidad de que una mayor realización de la individualidad total estaría asegurada si la individualidad de algunos fuera suprimida para permitir su mayor realización por otros, permanece incluso en esta caracterización no benthamita de la utilidad. No sólo es esto una posibilidad teórica, sino que se puede argüir que en las grandes culturas en las que las minorías han sido suprimidas, o que han crecido vertiginosamente en el estercolero de la esclavitud, la opresión de la individualidad de algunos se podría justificar de este modo. Bentham no se enfrentó con este problema ya que no estuvo comprometido en modo alguno con ninguna doctrina de los derechos universales, a la vez que admitió objeciones contra la esclavitud en base a lo que Mill habría denominado razones de conveniencia común. Así, las objeciones de Bentham no se plantearon contra las condiciones de la esclavitud como tal, sino contra las consecuencias derivadas de la existencia de una masa de esclavos, y específicamente por la razón de que el trabajo de los esclavos, en ausencia de seguridad e incentivos, sería menos productivo que el trabajo libre remunerado. Pretendió que aunque el mal derivado de la condición de un único esclavo no podría en sí mismo ser importante, pudiendo ser compensado sobre bases utilitaristas por las ventajas del esclavo propietario, la esclavitud una vez establecida fue siempre con razón el destino de las grandes multitudes. «Si el mal de la esclavitud no fuera importante, su contenido aislado lo haría considerable»⁵¹.

El utilitarismo, y esto se puede decir que es verdadero con toda seguridad, incluso en su forma benthamita, tiene un aspecto igualitario que podría apoyar la creencia en una doctrina de los derechos universales que descansara sobre bases utilitaristas. Porque el utilitarismo, en el sentido débil de la expresión «no hace distinción de las personas». Esto es así porque, si los únicos elementos de valor o desvalor son los placeres y los daños, o las experiencias de la satisfacción o frustración de las necesidades, al determinar posteriormen-

⁵⁰ Vid. C. L. Ten: *Mill on Liberty* (OUP, 1980), especialmente cap. 5, «Individualidad». Estoy muy agradecido a esta obra y a las conversaciones mantenidas con su autor.

⁵¹ Works I, 345.

te lo que facilitaría más felicidad general tendrían la misma importancia los placeres y daños, satisfacciones y frustraciones iguales de diferentes personas tendrían la misma importancia. Las diferencias de *status*, raza, sexo, religión, edad e inteligencia son moralmente irrelevantes excepto cuando afectan, como algunas veces lo hacen, a la cantidad o intensidad del daño o placer causado por la conducta humana. El sufrimiento es el sufrimiento, independientemente de su objeto, y si es igual, es igualmente malo infligirlo a los blancos o a los negros, a mujeres u hombres, judíos o cristianos, estúpidos o inteligentes. «Cada uno cuenta por uno.» El mismo Bentham extendió este principio igualitario a todos los seres humanos capaces de sufrir, incluyendo a los animales, y no lo hizo simplemente para excluir los prejuicios sexuales, religiosos y raciales de las consideraciones semejantes sobre los mismos daños y placeres de todos los seres humanos. Sus palabras, que identifican en realidad el especieísmo como un vicio tan objetable como el racismo, son memorables:

«Los franceses ya han descubierto que la oscuridad de la piel no da razón de por qué un ser humano se debería abandonar sin objeción al capricho de un torturador. Puede ser que algún día se reconozca que el número de las piernas, la vellosidad de la piel o la terminación del *os sacrum* son del mismo modo razones insuficientes para abandonar a un ser sensitivo al mismo destino. ¿Hay algo más por lo que se debería trazar esa línea insuperable? ¿Es la facultad de la razón, o quizá la facultad del discurso? Ahora bien, un caballo o un perro suficientemente desarrollado es sin duda alguna un animal más racional y sociable que un niño de un día, de una semana o incluso de un mes. Pero supongamos que ellos fueron de otra manera, ¿de qué serviría? ¿Consiste la cuestión en que no pueden razonar?, ¿no pueden hablar?, pero ¿pueden sufrir?»⁵².

Ahora bien, este aspecto igualitario del utilitarismo de Bentham, aunque sirve para excluir prejuicios irrelevantes en el cómputo del bienestar general, como la medida de lo correcto o la incorrecto, no puede servir como fundamento de los derechos individuales. Como muchos filósofos contemporáneos hostiles al utilitarismo se han interesado en demostrar, en principio se pueden imponer sacrificios sobre individuos inocentes en la medida que esta acción puede servir para aumentar el bienestar general neto. Se pueden admitir tales sacrificios porque el igualitarismo incorporado a la máxima «todos cuentan por uno y nadie más que uno» es un principio de peso que se usa al calcular la maximización de la felicidad general; considera a las personas como iguales al asegurar que en la determinación de las medidas exi-

⁵² PML, cap. XVII, para. 4, en CW 283.

gibles por el bienestar general se debe dar una misma importancia a la felicidad igual de todas las personas. Pero no es un principio que exija el trato igual de diferentes personas y puede producir burdamente resultados no igualitarios, aunque en ciertas circunstancias tenderá a favorecer la distribución igual de las formas de producción económica debido a su utilidad marginal o decreciente. Las personas individuales y el nivel de la felicidad individual tienen para el utilitarista solamente una importancia instrumental y no intrínseca. Las personas son simplemente los «receptáculos» de las experiencias que incrementarán o harán disminuir el bienestar general. Así, el utilitarismo «no hace distinción de las personas», tanto en el sentido bueno como malo de la expresión, y su aspecto igualitario no provee ningún fundamento para los derechos morales universales.

Mill, en su discurso sobre la Justicia, cita y subraya la importancia de la máxima de Bentham, «cada uno cuenta por uno y nadie más que uno», considerándolo como parte del significado del Principio General y dice que «podría escribirse bajo el principio de Utilidad como un comentario explicativo»⁵³. Rechaza la tesis de Herbert Spencer, que sostiene que si el principio de Utilidad consiste en tener implicaciones igualitarias tiene que presuponer «un principio anterior, a saber, que todo el mundo tiene un derecho igual a la felicidad»⁵⁴, y dice correctamente que la máxima de Bentham consiste en el principio de que «cantidades iguales de felicidad son igualmente deseables, sean alcanzadas por la misma o por diferentes personas»⁵⁵. Sin embargo, el análisis de Mill de su principio fundamental, es, pienso, confuso, y está claramente reñido con su teoría de los derechos morales. Pretende que, como consecuencia de este principio, todas las personas tienen un derecho a la igualdad de trato «excepto cuando algún pacto social reconocido exige lo contrario»⁵⁶. No está claro lo que incluyen las palabras citadas, excepto —presumiblemente— que no se quiere dar a entender que los individuos puedan ser tratados de forma desigual siempre que un trato desigual incrementara más el bienestar general que lo que produciría un trato igual; si esto es así, Mill está usando la máxima «cada uno cuenta por uno y nadie más que por uno» como algo más que un simple principio compensatorio que simplemente sostiene «que las verdades de la aritmética son aplicables para valorar la felicidad, lo mismo que todas las demás cualidades susceptibles de medida»⁵⁷.

⁵³ *Utilitarianism*, 258 n.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

En segundo lugar, la idea de que el principio de utilidad en sí mismo confiere un derecho moral a un trato igual o a cualquier clase de derecho moral, entra en conflicto con el análisis formal de Mill, que une la idea de un derecho moral a la idea específica de una razón para la compulsión jurídica o social. El derecho a igual trato del que Mill habla existe como tal derecho, desde su punto de vista, independientemente del hecho de la compulsión: descansa únicamente en el aspecto distributivo e igualitario del principio de utilidad tal y como lo interpretaron Mill y Bentham. De este modo, Mill habla del deber correlativo de tratar a todos por igual, bien para quien lo haya merecido, bien porque esto es «una consecuencia directa del primer principio de la moral implicado en el importante significado del principio de utilidad»⁵⁸. En efecto, esto sería satisfactorio hasta el punto de que permitiría un sentido no tautológico del enunciado de que la existencia de un derecho moral a un trato igual es una buena razón moral para hacer cumplir la igualdad en el trato mediante el Derecho. Pero no se puede reconciliar con el análisis formal de los derechos que Mill lleva a cabo y que une el ser una buena razón para la compulsión al importante significado de un «derecho moral».

V

Aunque la máxima de Bentham: «Cada uno cuenta por uno y nadie más que por uno», no servirá al propósito que tiene claramente Mill, como Mr. Ten ha argumentado⁵⁹, encontramos tales argumentos contra los derechos universales en los recursos que se encuentran bajo la forma del principio de utilidad, y para demostrar que el sacrificio de las minorías no se puede justificar en función del bienestar general. Pero pienso que estos recursos son válidos para Mill solamente con el coste de abandonar su teoría de los derechos morales universales en los términos de utilidad general de la compulsión jurídica o social. El principio de libertad permite la interferencia de la libertad individual (que la supresión de la individualidad implicaría por supuesto) solamente para prevenir el daño a otros, y es obvio que, a pesar de la vaguedad de esta frase, se prohibiría la supresión de una individualidad personal simplemente para asegurar un incremento mayor de su realización por otros. La libertad individual, «no para ser destruida en la búsqueda de su propio bien» satisface la primera parte del doble criterio de Mill para ser un derecho moral, ya que desde el punto de vista de Mill es uno «de los elementos esenciales

⁵⁸ *Op. cit.*, 257.

⁵⁹ C. L. Ten: *Op. cit.* (n. 50, *supra*), 7-89.

de la felicidad humana» y no una razón de conveniencia común. Pero el principio de libertad no es un principio «agregado» del bienestar general, sino un principio distributivo y es esto lo que constituye a la libertad individual como derecho universal, y no la utilidad general de su compulsión jurídica o convención social. Como consecuencia de que tal derecho es independiente de la utilidad general de su compulsión jurídica, se puede decir coherentemente que su existencia es una razón para tal compulsión. Esto será consistente al analizar el enunciado de que la existencia de un derecho moral particular, por ejemplo, a rendir culto como se quiera, es una buena razón para crear un derecho subjetivo como enunciado informativo de una razón para crear ese derecho subjetivo, y no como la vacía tautología de que la existencia de una buena razón para crear un derecho subjetivo a rendir culto como se quiera es una buena razón para crear tal derecho subjetivo.

Lo que es verdadero para el derecho de libertad así afianzado mediante el principio distributivo de libertad es verdadero para aquellos otros elementos esenciales de la facultad humana que Mill analiza como derechos universales, pero que no pueden ser considerados simplemente con éxito como aspectos de la libertad. Esto incluye lo que Mill denomina «las moralidades que protegen a cada individuo de ser dañado directamente por otros». Las reglas morales, como Mill las denomina, que aseguran estos elementos para cada hombre como siendo esenciales para la felicidad humana y que satisfacen de este modo la primera parte de su doble criterio, son también principios distributivos semejantes al principio de libertad y así excluyen la negación de tales derechos para algunos, al asegurar «un incremento en el bienestar de otros».

Si lo que constituye la libertad individual y las otras formas de bienes individuales como derechos universales es una conjunción del hecho de que como elementos esenciales de la felicidad humana satisfacen la primera parte del doble criterio de Mill junto a principios distributivos, tales como el principio de libertad, entonces, ninguna parte de la constitución de tales derechos se desarrolla por la utilidad general como la segunda parte que el doble criterio de Mill exigiría. Pienso que esta conclusión solamente puede ser evitada si se pudiera demostrar que los principios distributivos exigidos para apoyar los derechos universales fueron, o bien derivados de los principios agregados de utilidad, o estuvieron justificados como los mejores medios prácticos para darles efectos. Esto se ha argumentado así por el profesor Lyons⁶⁰, que piensa que el punto de vista contrario surge del error de pensar que Mill es un utilitarista del acto preocupado por

⁶⁰ *Op. cit.*, n. 46 *supra*.

justificar actos particulares para demostrar que maximizan la utilidad. Mill, Lyons arguye, estudia no solamente la utilidad de los actos, sino de las reglas y políticas que pueden exigir actos particulares que no maximizan la utilidad, sino la práctica coherente de quienes, sin embargo, incrementarán la utilidad más allá de los intentos falibles para calcular en cada caso particular cuál de todos los actos posibles asegurarán la mayor utilidad. Por tanto, el seguir tales principios, aunque son distributivos desde un punto de vista formal, será un medio indirecto de asegurar el mayor avance posible de la utilidad general. Un interés por el bienestar general en las circunstancias de la vida práctica nos exigirá seguir estos principios distributivos.

Esta interpretación del *status* del principio de la libertad de Mill merece ciertamente una seria consideración, aunque creo que está abocada al error. Aunque la consistencia de Mill y el alcance de las tendencias no utilitaristas de su obra, especialmente en el ensayo «Sobre la libertad», es controvertida, aquellas tendencias no se pueden ignorar. El profesor Lyons sostiene que no es necesario «suponerlas»; pero si el principio de libertad, que exige que todos los hombres sean libres para hacer lo que no es perjudicial para otros, fuera simplemente un recurso para evitar errores que impidiera los intentos de los utilitaristas del acto para calcular y comparar los efectos sobre el bienestar general de interferir la libertad y dejarla sin restricciones, Mill no podría haber argüido, como hace, mediante un principio cualificado solamente por la excepción «perjuicio sobre los demás» o por la exclusión de las numerosas, relevantes y diversas consideraciones utilitaristas para las restricciones de la libertad.

Si, como el profesor Lyons argumenta, lo que fundamentalmente estaba en juego al construir el principio de libertad era el bienestar general, en realidad se podrían llevar a cabo ciertas excepciones bajo la forma de una legislación paternalista con unos límites bien claros y definidos. En realidad, el profesor Lyons sostiene que Mill «podría fácilmente» haber aceptado esto⁶¹; pero el punto es que el intento frustrado de Mill para proveer algo tan obvio muestra que el principio cualificado solamente por la excepción del «perjuicio sobre los demás», no es, para Mill, un medio indirecto para asegurar el bienestar general en sí mismo que descansa sobre fundamentos puramente utilitaristas. De manera similar, la exclusión del ámbito de la excepción del «perjuicio sobre los demás» de la miseria, aversión, «indignidad» moral u otras reacciones penosas sentidas por quienes oponen la no conformidad religiosa o ciertas prácticas sexuales, permanecería inexplicable desde el punto de vista del *status* del principio de

⁶¹ *Op. cit.*, 118.

libertad del profesor Lyons⁶². Ese principio, junto a su única excepción es, por consiguiente, para Mill, una restricción en la búsqueda del bienestar general a costa de los individuos y no simplemente un medio indirecto para asegurarlo.

De este modo, la teoría de Mill de los derechos morales se equivoca en dos puntos. En primer lugar, su forma general de análisis «coge el rábano por las hojas» y hace que no tenga sentido el enunciado de que el hecho de que los hombres tengan un derecho moral, por ejemplo, a rendir el culto que quieran, es una buena razón para proteger esta libertad por el Derecho. Aquí, la máxima repetida por Bentham «una razón para un derecho no es un derecho, el hambre no es el pan, la carencia no es la provisión» parece estar justificada. En segundo lugar, la segunda parte del doble criterio de Mill para los derechos morales universales, que quizá le fue sugerido mediante unas notas fortuitas y despectivas de Bentham y que identifica como derechos aquellas formas del bien individual cuya protección mediante el Derecho o la presión social es exigida por la utilidad general, en realidad no juega ningún papel en la identificación de tales derechos y ambos se deberían descartar como irrelevantes y como fuente de confusión, excepto como una simple indicación del peso o importancia de tales derechos. Lo que se abandona es la primera parte del doble criterio al identificar los derechos universales como aquellas formas del bien individual que son «los elementos esenciales de la felicidad humana», «el fundamento de nuestra existencia», cosas de las que «ningún ser humano puede prescindir». Estas descripciones, incluso cuando son interpretadas a la luz de los derechos subjetivos específicos que Mill menciona, no cabe duda que son vagas, y controvertidas, pero, pienso, son algo más que «simples sonidos expuestos a la discusión». Al menos, delimitan el área de discusión y señalan la dirección en la que se podría delimitar más allá. Sugieren que lo que se necesita para dar sentido a la noción de los derechos morales universales es una teoría de lo que necesitan los individuos y de lo que pueden razonablemente exigir de cada uno (mediante restricción o provisión activa) para perseguir sus propios fines mediante el desarrollo de las diversas facultades humanas. Algunos filósofos contemporáneos han avanzado teorías morales y políticas correctamente basadas que intentan derivar derechos básicos de premisas supuestamente incontrovertidas, tales como el que los seres humanos están legitimados para igual trato o respeto⁶³ o para preservar su «personalidad» como individuos⁶⁴. He analizado en otro lugar dos de estos

⁶² Cf. Ten: *Op. cit.*, n. 50 *supra*, 54, 78.

⁶³ Dworkin: *Op. cit.* (n. 43 *supra*), 272 y ss.

intentos⁶⁵, y aquí simplemente subrayo mi punto de vista de que ninguna teoría de los derechos humanos fundamentales puede tener éxito si no sigue la forma de la teoría expuesta por la primera parte del doble criterio de Mill.

(Traducción de Juan Ramón de Páramo Argüelles.)

⁶⁴ Nozick: *Anarchy, state and Utopia*, 32-3.
⁶⁵ *Between Utility and Rights*, *op. cit.* (n. 43 *supra*).