

NOTA PRELIMINAR

Para la realización de este libro he contado con un contrato de investigación postdoctoral Margarita Salas, financiado por el Ministerio de Universidades (*Next Generation EU*) y otorgado por la Universidad de Girona. Esta obra es fruto de la reelaboración en profundidad de una tesis de doctorado, financiada por una beca doctoral de la Universidad de Génova y defendida ante un tribunal integrado por Bruno Celano, Marisa Iglesias, Giorgio Pino y Alfonso Ruiz Miguel. Además de a los miembros del tribunal, quisiera reiterar mi agradecimiento por su ayuda indefectible a mi director de la Universidad de Girona, Jordi Ferrer Beltrán, y a mi director de la Universidad de Génova, Pierluigi Chiassoni.

Asimismo, deseo expresar mi agradecimiento, sincero y profundo, a Beatriz Arriagada, Diego Dei Vecchi, David Duarte, Francesco Ferraro, Matthew Kramer, Luis Medina Alcoz, Ezequiel Monti, Isabel Núñez, Nigel Simmonds y Guillaume Tusseau y, en particular, a mis maestros y colegas de la Universidad Autónoma de Madrid, Silvina Álvarez Medina, Juan Carlos Bayón, Sebastián Figueroa, Liborio Hierro y Alfonso Ruiz Miguel. Me he beneficiado enormemente de su generosa discusión de distintos capítulos de esta monografía, en el proceso que conduce a su materialización.

En la voz y los escritos de Bruno Celano he encontrado constante inspiración.¹ Tal vez en este libro pueda atisbarse algo de esa inspiración y ello sirva de tributo, pálido pero convencido, a la obra de Bruno.

Por último, mi mayor deuda de gratitud la he contraído con Pierluigi Chiassoni, por su prólogo a este libro.

¹ En especial, el magistral artículo de 2001 (Celano, 2013: 17-83) configura en una medida significativa la *forma mentis* de este libro.



PRÓLOGO
EN EL LABERINTO DE LOS DERECHOS

PIERLUIGI CHIASSONI¹

Derechos e intereses. Qué podemos aprender de la analytical jurisprudence of rights es un libro laberíntico. A diferencia de Dédalo, sin embargo, y para suerte de los lectores, Miguel Fernández Núñez (MFN) no se propuso ocultar en su interior un monstruo asesino, que saliendo inesperadamente de sus páginas los vaya a devorar con complacida crueldad. Ni se propuso construir una estructura enigmática, en cuyos meandros las bellas almas puedan perderse a gusto, esquivando así las ruedas aburridas de los días. Lo que MFN nos ofrece es, en cambio, un laberinto analítico.

Alguna lectora podría fruncir el ceño, lamentando la evidente *contradictio in adiecto*. «Laberinto analítico» huele a sinsentido. Es un oxímoron clarísimo, tal como «fascismo liberal» o «capitalismo humanitario».

No obstante, nuestra censora no estaría en lo cierto. El laberinto de MFN es, sin duda, laberinto: la complejidad del tema y las maneras en que distinguidos pensadores lo han abordado a lo largo de casi tres siglos han hecho menester proceder por un camino largo y sinuoso. Es empero, al mismo tiempo, laberinto analítico. Y eso en una triple forma.

En primer lugar, por su objeto. Se encuentra en *Derechos e intereses* la formulación de una cuidadosa, profunda y pormenorizada metafilosofía que versa sobre las principales filosofías analíticas de los derechos subjetivos en la cultura iusfilosófica anglosajona (con pequeñas desviaciones en Alemania), desde Jeremy Bentham (cap. II) hasta Matthew Kramer

¹ TilPh–Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova.

(cap. VII), pasando por Herbert Hart (cap. III), Wesley N. Hohfeld (cap. IV), Neil MacCormick (cap. V) y Joseph Raz (cap. VI).

En segundo lugar, por su método. *Derechos e intereses* se caracteriza por la adopción de un enfoque (meta)filosófico que requiere la utilización de herramientas propias de toda investigación de corte analítico. Resulta evidente, en particular, el recurso al análisis del discurso, llevado a cabo conforme a los principios de interpretación caritativa y de caza a los presupuestos, implicaciones, y compromisos ideológicos de las posiciones examinadas, así como el recurso al análisis conceptual, en una forma que podemos clasificar de convencionalista (no esencialista), reconstructiva (no puramente descriptiva, sino atenta al refinamiento de los aparatos conceptuales existentes), y terapéutica (inclusiva de tomas de posición críticas y propositivas).

En tercer lugar, y en fin, por su ambición. Después de un último capítulo metafilosófico sobre algunas concepciones morales y políticas acerca de la noción de «interés» (cap. VIII), *Derechos e intereses* articula una propia teoría funcional de los derechos subjetivos: un «modelo teórico complejo», una «teoría de las funciones de los derechos subjetivos», «una propuesta de teoría de la función de los derechos, así como un inventario de otros componentes importantes para una teoría de los derechos», edificándola con la ayuda de herramientas analíticas (cap. IX).

Sería un acto de alevosía quitar a las lectoras el placer de recorrer por sí mismas el camino trazado por MFN, proporcionándoles un examen preliminar minucioso del contenido del libro. A continuación, me limitaré por lo tanto a ofrecer un vistazo sobre las principales tesis que MFN defiende en *Derechos e intereses*. Muy esquemáticamente, y pasando por alto el poderoso aparato argumentativo que las acompaña, las tesis me parecen ser estas.

1. Una teoría útil de los derechos subjetivos es una teoría que proporciona una solución adecuada (esto es: esclarecedora; dotada de una elevada capacidad explicativa en relación con los datos experienciales relativos al fenómeno cultural «derechos subjetivos»; cuidadosa hacia las concepciones ya formuladas; en lo posible, sencilla y elegante) para dos problemas: el problema funcional (¿Para qué sirven los derechos subjetivos?), y, en suborden y conexión con él, el problema estructural (¿En qué consisten los derechos subjetivos? ¿Cuáles son sus elementos constitutivos?).

2. Desde un punto de vista funcional, un «derecho subjetivo» es una posición normativa en que se encuentra un sujeto (el destinatario primario

de una norma, jurídica o moral, atributiva del derecho), y que responde a la protección de un fin que el ordenamiento normativo (los agentes que lo controlan y ponen en marcha) estima ser merecedor de tutela. Se puede hablar pues, metafóricamente, de los derechos subjetivos como de «mecanismos» de protección de los individuos (§ I.3).

3. El fin protegido puede consistir, según los casos: o bien en un interés sustancial (por ejemplo, en la pretensión de obtener de otro sujeto el suministro de ciertos bienes o servicios); o bien en un interés de autodeterminación o de autonomía, esto es, en la posibilidad para el titular de efectuar una elección entre cursos de acción alternativos, ejerciendo su propia autonomía práctica (§§ IX.5-IX.6).

4. La noción de protección de un fin puede esclarecerse en términos de protección de un interés del sujeto titular del derecho. A su vez, la noción de interés puede elucidarse de una manera tal que también la posibilidad de efectuar una elección práctica por parte del titular sea calificable como «interés» del titular (como hemos visto, un interés de autodeterminación o de autonomía). Procediendo así, se puede definir una noción funcional de derecho subjetivo, que se plantea como el resultado de la integración entre dos concepciones de los derechos subjetivos, que representan las dos posturas principales en la cultura jurídica occidental moderna y contemporánea: la concepción (o «teoría») del interés (del «beneficiario»), por un lado, y la concepción (o «teoría») de la voluntad (de la «elección»), por el otro (§§ IX.5-IX.6).

5. La historia de la reflexión filosófica sobre los derechos subjetivos se presenta como una secuencia de concepciones unidimensionales antagónicas. Estas o bien abogan por entender los derechos subjetivos en términos de intereses (sustanciales) o bien abogan por entenderlos en términos de voluntad o posibilidad de elección. Las teorías unidimensionales, sin embargo, deben ser abandonadas a favor de una concepción integrada, construida utilizando lo que hay de teóricamente bueno en las teorías unidimensionales, y siguiendo las huellas de algunas concepciones ya formuladas (como, por ejemplo, la de Hart: cap. III).

6. Desde un punto de vista estructural, en la cultura jurídica contemporánea se encuentran también dos concepciones, consideradas a menudo como antagónicas: la concepción hohfeldiana (incluso calificada de «estática») y la más reciente concepción «dinámica». La primera identifica las posiciones elementales (pretensión, libertad, poder, inmunidad) sobre la base de las cuales cabe distinguir los derechos subjetivos, desde el

punto de vista de su estructura, en derechos «atómicos» o «microderechos» (que consisten, y se agotan, en una cierta posición elemental: por ejemplo, en una cierta pretensión) y derechos «moleculares» (que consisten en cambio en conjunciones de posiciones elementales). La segunda pone en duda la utilidad de la primera, resaltando como los derechos poseen una estructura dinámica: se caracterizan, no ya por ser un conjunto definido de posiciones subjetivas, sino por ser un núcleo de contenido axiológico, habitualmente formulado en términos muy genéricos (piénsese en el derecho de todo individuo «a la felicidad», «a la libertad de pensamiento», «a la libertad personal» o «a la libertad de religión»), y tal que funciona de base «germinal» para la identificación de derechos, de continua aparición, más específicos. Dicha oposición, sin embargo, no resiste a un desencantado análisis teórico. Eso sugiere como las dos concepciones, lejos de ser antagónicas, son más bien («metodológicamente») complementarias, siendo la una de corte analítico-conceptual, la otra de corte valorativo-justificativo (cap. IV).

¡Feliz lectura!

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE
LAS TEORÍAS ANALÍTICAS DE LOS DERECHOS

Neskazannye rechi
Ya bolshe ne tverzhu [...]
Gorkoy bylo mne usladoy
Shchastie vmesto dolga

Las palabras no pronunciadas
No las repetiré, [...]
Me han sido amargas delicias
Esta felicidad en vez del deber

(Ajmátova, 2020 [1956]: 36)

¿Para qué sirven los derechos? Esto es, ¿qué papeles adscriben los teóricos y los prácticos a las posiciones normativas que denominan «derechos»? ¿Qué efectos normativos obtienen los juristas y los ciudadanos cuando formulan discursos en términos de «derechos»? ¿Qué valores protegen y promueven las normas que confieren tales posiciones, para determinadas comunidades jurídicas? Dicho de otro modo, ¿cuáles son los fundamentos de los derechos y cuáles sus consecuencias? O, en sentido inverso, ¿de qué nociones son consecuencias los derechos y de cuáles son fundamentos? ¿Por qué suele (y aun puede) sostenerse que los derechos son relevantes en proyectos ético-políticos o en el derecho positivo? ¿Puede decirse que, idealmente, los derechos son un medio para que sus titulares obtengan lo que quieren? ¿Para que obtengan lo que es bueno para ellos? ¿Qué lugar se les atribuye en el dominio normativo, y, concretamente, en ciertos ordenamientos entendidos como prácticas sociales, en ciertas teorías de la justicia? En este libro pretendo dar respuesta a semejantes preguntas, que en la presente investigación

englobo bajo el rótulo de la «función de los derechos». Qué puede hacerse con un derecho y cuál es la significación que se atribuye a acciones tales son cuestiones clave para la explicación iusfilosófica del concepto de «derecho subjetivo».¹ Igualmente, al hilo de estas preguntas, pretendo abordar también otras cuestiones notables de índole conceptual y normativa acerca del contenido de los derechos, su estructura, sus tipologías y la red de nociones en que se inscriben. Al hacer tal cosa, ofrezco distintas soluciones a la cuestión más abarcadora y crucial de ¿qué significa «tener un derecho»?

Con vistas a dilucidar estas cuestiones, en la presente obra procedo a través de varias tareas. Inicialmente emprendo una reconstrucción crítica de las principales versiones de la teoría del interés —en cuanto estas proporcionan la más destacable explicación de para qué sirven los derechos— y de algunas de las aportaciones más significativas de la filosofía analítica de los derechos, en el ámbito anglófono. A esta labor dedico los primeros siete capítulos. Tras ello, llevo a cabo un análisis conceptual de la noción de «interés» y, concretamente, de las dos principales maneras de concebirla en la filosofía política y moral contemporánea y evalúo el desarrollo de tales concepciones en virtud de las ambiciones y aplicaciones (posibles, efectivas y, en cierta medida, preferibles) de las teorías de la función de los derechos. Esta tarea ocupa el capítulo octavo. Finalmente, presento una sucinta elaboración teórica, que ofrece un conjunto de bases para la formulación de un modelo complejo de la función de los derechos. Las bases de dicho modelo distinguen varios planos de discurso acerca de los derechos (diferentes contextos de uso y perspectivas de análisis acerca de la expresión «derechos») e incorporan las tesis más sólidas y útiles de las teorías del interés y de la voluntad, tanto por su idoneidad descriptiva de usos lingüísticos como por su solidez para captar discursos justificativos. Realizo estas operaciones en el capítulo noveno. De este modo, especialmente al final del libro, me centro en algunas cuestiones centrales acerca de ¿qué quiere decir el teórico de los derechos?, ¿qué puede decir, dados sus presupuestos?, ¿qué debería decir, dadas sus aspiraciones?

Las tareas que acabo de referir no están aisladas entre sí y los capítulos muestran una continuidad relativa en lo que concierne a las tareas que en ellos se emprenden. En primer lugar, junto con la reconstrucción crítica, selecciono y propongo argumentos que componen los fundamentos con que

¹ Sobre el encaje y la importancia de una teoría de la función de los derechos en una teoría de los derechos diré algo más en las páginas siguientes.

construir un problema y las soluciones articuladas al final de la obra. En segundo lugar, el examen de diferentes usos lingüísticos de «interés» por parte de teóricos, fundamentalmente agrupadas en acepciones subjetivas y objetivas, sirve para explicitar distintas tesis y presupuestos e identificar las vías argumentativas que sobre ellos pueden abrir los teóricos de los derechos, así como aquellas vías que, en cambio, quedan cerradas. Los resultados de estos análisis no son aplicables únicamente a los teóricos estudiados en este libro, sino que, dada la representatividad e influencia de estos, es extensible a muchos otros teóricos. Por último, ofrezco diferentes pautas para la elaboración de una teoría de la función de los derechos, relativamente abarcadora, inspirada en las analizadas, pero que en varios puntos las reformula. En pocas palabras, en esta obra se acomete la descripción y crítica metateórica de las principales tesis de las teorías de los derechos con especial atención a la explicación funcional de los derechos, para pasar al examen más detallado de sus presupuestos e implicaciones, y se concluye con una somera elaboración teórica, que presupone la selección de algunos de los presupuestos, tesis e implicaciones más sólidos para una teoría de la función de los derechos. De forma análoga, la continuidad de tareas se acompaña de una progresión en el acercamiento y de una superposición parcial de los temas tratados (mediante un ajuste mutuo y, sobre todo, escalonado de los distintos capítulos). En efecto, los primeros capítulos, con un espíritu propedéutico, permiten, en muchos casos, introducir primeras aproximaciones necesarias para adentrarse en el análisis, mientras que los capítulos posteriores, en una óptica crítica y propositiva, están cada vez más orientados a la profundización y enmienda del planteamiento problemático y del análisis.

En semejante óptica, deben adoptarse y distinguirse en esta monografía dos grandes conjuntos de capítulos, en correspondencia con los propósitos y las operaciones intelectuales que acabo de referir. La investigación central y más extensa, habida cuenta de que las pretensiones de esta obra son eminentemente reconstructivas y críticas, consiste en una investigación analítica de metateoría del derecho y una valoración detallada de la comprensión del derecho subjetivo como «interés tutelado».

Así, en los siete primeros capítulos presento y dilucido algunos episodios célebres de la «*analytical jurisprudence of rights*»,² esto es, del proyecto de

² Empleo la feliz expresión de Simmonds (1998: 113). Mi uso coincide básicamente con el de Simmonds, si bien, como se verá en seguida, enfatizo su carácter de categoría metateórica e historiográfica.

examen iusfilosófico de los derechos, mediante un enfoque de filosofía analítica, especialmente en las culturas jurídicas anglófonas y en época contemporánea.³ En especial, centro gran parte de mi atención en las teorías de la función de los derechos, pues, como queda patente desde el inicio de este capítulo, concibo la función de los derechos como un conjunto significativo de preguntas al que responde o ha de responder una teoría de los derechos. Dentro de las teorías de la función de los derechos —las teorías del interés, de la voluntad, teorías híbridas de ambas y unas contadas teorías alternativas— presto especial atención a la teoría del interés, por su destacada relevancia historiográfica y, como mostraré a lo largo del libro, por su elevado rendimiento explicativo. Desde este momento es oportuno ofrecer una definición de las dos principales teorías, tradicionalmente rivales. La teoría del interés está conformada por aquellos aportes filosófico-jurídicos que sostienen que la función de los derechos estriba en la protección y promoción de algún interés del titular del derecho, mientras que la teoría de la voluntad cifra la función de los derechos en la protección y promoción de la voluntad del titular del derecho. Me ciño básicamente al área cultural anglosajona por haber dedicado mayores esfuerzos teóricos a la investigación de los derechos y por haber orientado las discusiones posteriores. Eso no significa, en absoluto, que desatienda las discusiones afines y las aportaciones que han tenido lugar en el ámbito no angloparlante (fundamentalmente, en ámbito italo e hispanófono en el último medio siglo y, en menor medida, en ámbito germanófono en los siglos XIX y XX), sino que puntualmente las introduzco (y las aplico), inscribiéndolas en una más amplia trama argumentativa marcada por el aporte anglosajón. Como en seguida argumentaré con mayor detenimiento, las teorías de los distintos autores examinados son sedes aptas para dilucidar diferentes problemas conceptuales y normativos relativos a los derechos, así como distintos discursos y planos de análisis de los derechos.

³ Entiendo la «metateoría descriptiva» como una empresa intelectual conformada en gran medida por la reconstrucción de doctrinas. A su vez, la reconstrucción de una doctrina «consiste en la reformulación, en el reajuste, de conjuntos de oraciones, seleccionados dentro de conjuntos de textos (escritos y no escritos) de contornos indefinidos» (Celano, 2009: 211). «Reformulación y reajuste persiguen la reestructuración, la sistematización de los conjuntos de oraciones relevantes: se identifican, o extraen, premisas, principios, presupuestos, tesis, que se consideran adecuados para dar cuenta de los aspectos significativos de la doctrina, explicando formulaciones explícitas, tomas de posición a primera vista sorprendentes, la elección de determinadas estrategias argumentativas, etc.» (Celano, 2009: 211).

Por su parte, los dos últimos capítulos tienen por propósito dilucidar algunas premisas fundamentales, desentrañando lo que aparece implícito o insuficientemente problematizado en el examen de las teorías reconstruidas y desarrollando argumentos en aras de construir una teoría de la función de los derechos. Efectivamente, el examen individual y comparado de los iusfilósofos mencionados pone de manifiesto algunas fluctuaciones, imprecisiones e ingenuidades en sus propuestas. Pueden contarse entre tales insuficiencias la asunción de compromisos normativos por parte de teorías pretendidamente avalorativas o las variaciones, con frecuencia inadvertidas o insuficientemente declaradas, acerca de la comprensión del fundamento de los derechos en los distintos modelos teóricos. Aspiro a identificar premisas ocultas, a hacer expresas, evaluar y repensar doctrinas asumidas como familiares, obviedades, generalmente anidadas en los usos lingüísticos —y es razonable sostener que estas constituyen tareas y presupuestos metodológicas centrales en un acercamiento analítico a la filosofía—⁴, así como a señalar los pasos argumentativos que están a disposición o fuera del alcance del teórico de los derechos que toma determinadas decisiones metodológicas y semánticas, implícitas o explícitas.

Una manera idónea para lograrlo es examinando las posibles formas que puede tomar aquello a lo que responde la función de los derechos (la noción de «interés»), explicitando mis propios usos de la expresión «función» y registrando las aplicaciones de una teoría de la función de los derechos. Son los tres conjuntos de problemas que afronto en el capítulo octavo. En primer lugar, acometo el examen conceptual de la noción de «interés», junto con un reconocimiento del campo semántico en que se inscribe (por un lado, en el ámbito de ciertos estados mentales; por otro, en el ámbito de las exigencias materiales e inmateriales; más en general, en el ámbito de la formación de planes de vida del agente y en el ámbito del beneficio), y de las distintas maneras de entenderla (básicamente, como «preferencias» o como «necesidades»), a la luz de diferentes problemas conceptuales y normativos relativos al contenido de los derechos. Tanto por el carácter de tales problemas como por la profundidad y sofisticación de las respuestas que le brinda, la filosofía moral y política es idónea como base de semejantes análisis. En segundo lugar, explicito el sentido de «función» del propio libro e introduzco una caracterización de la mejor manera de concebir la preocupación de «¿para qué sirven los derechos?». En tercer

⁴ Cfr. Celano, 2022: 13; cfr. Chiassoni, 2021: 11; cfr. Hare, 1971: 47-53.

lugar, expongo distintas maneras de formular esa preocupación; es decir, numero distintas aplicaciones de una teoría de la función de los derechos.

Finalmente, extraigo algunas conclusiones acerca del conjunto de la investigación, en buena medida, bajo forma de examen crítico de los distintos aspectos problemáticos encarados por los teóricos del interés y de la voluntad, los escenarios teóricos y las objeciones habituales, el estatus metateórico de los análisis que acometen tales teóricos, el contenido de los derechos y las diferentes variedades de derechos de que una y otra teoría pretenden y logran dar cuenta.

Frente a otros libros sobre los derechos, y frente a algunos de los autores que reconstruyo, en esta obra no se encontrarán afirmaciones incondicionales de la relevancia y la centralidad de los derechos ni, en general, afirmaciones taxativas acerca del conjunto cerrado de funciones que en cualquier sistema normativo desempeñan los derechos ni otras afirmaciones semejantes. El reconocimiento de una pluralidad de contextos de uso de la expresión «derechos», la constatación de un relativo pluralismo valorativo de las culturas jurídico-políticas contemporáneas, la heterogeneidad y potencial apertura de las funciones que teóricos y prácticos hacen desempeñar a los derechos son variables significativas que advierten de los peligros de mistificar el vocabulario de los derechos, de petrificarlo, de convertir el análisis de ese vocabulario en un megáfono con el que el analista de los derechos, convertido advertida o inopinadamente en propagandista de los derechos (o de ciertas categorías de derechos), proyecta su peculiar ideología jurídico-política sobre las prácticas que tenía la pretensión, malograda, de analizar.

I.1. PRESENTACIÓN SINÓPTICA Y ANALÍTICA DE LA OBRA

La delimitación de tareas y capítulos en función de conjuntos de problemas puede ser especificada con provecho mediante una exposición de los diferentes capítulos.

Una presentación del contenido que conforma este volumen es la siguiente. Tras este capítulo introductorio, estudio las teorías de los derechos —prestando especial atención a la teoría del interés— propuestas por filósofos del derecho anglófonos, desde el siglo XVIII hasta la actualidad. Ante todo (II), analizo la fundacional teoría de los derechos de Jeremy Bentham, tanto su teoría del beneficiario (II§2) como buena parte de la trama teórica

que esta presupone, esto es, su teoría psicológica de la acción, su teoría legislativa y su teoría ontológico-lingüística (II§1). Como reza el título del capítulo, los derechos son vistos por Bentham como *ficciones útiles*. Esto significa dos cosas: por una parte, los derechos solo existen en la realidad social, compuesta del lenguaje institucional, y no directamente en la realidad empírica (no deben incluirse, por tanto, en el inventario de aquello que existe) y, por ende, han de ser explicados mediante singulares herramientas lingüísticas de «traducción»; por otra parte, los derechos son instrumentos valiosos de política legislativa.

Que el diálogo que entablamos hoy con la obra de Bentham pueda y merezca ser entablado se debe en gran medida a la mediación exegetica y crítica de Herbert Hart. Así, en el tercer capítulo, afronto la respuesta de Hart a la teoría del beneficiario (III); una respuesta compleja, consistente en la interpretación de los textos benthamianos, la proposición de enmiendas a algunos aspectos significativos de la teoría del beneficiario (III§1) y la formulación de una teoría alternativa, la teoría de la elección (III§2). La propuesta de Hart resulta notable, pues muestra una acentuada sensibilidad a la diversidad de contextos de uso de la expresión «derecho» (*los derechos del jurista, los derechos del crítico*) y a la posibilidad de una integración entre una versión de la teoría de la voluntad y una versión de la teoría del interés, en virtud de la capacidad de tales teorías de dar cuenta de variedades diferentes de derechos, en distintos planos de análisis (III§3). Incidentalmente, expongo la participación de David Lyons en el debate de Hart con la obra de Bentham (III§4); especialmente, por una inadvertencia de Lyons que ha tenido una resonancia notable en la recepción del debate. Tanto la inadvertencia de Lyons como la acusación que Hart construye sobre esa base suponen el desencadenante de una reacción antihartiana de los propios discípulos de Hart, defensores de una concepción autodenominada «dinámica» de los derechos.

Tal es la polémica que afronto en el capítulo cuarto. Allí examino los principales elementos de la empresa teórico-explicativa de Hohfeld (IV§1), para abordar luego la concepción dinámica de los derechos, y sus principales defensores (Raz y MacCormick), quienes entablan una controversia con las tesis y proyectos de matriz hohfeldiana, también contra Bentham y Hart (IV§2). A su vez, el examen crítico de tal disputa en torno a los rasgos necesarios o centrales que debe capturar cualquier definición de «derecho subjetivo» permite formular claramente los términos de la confrontación genuina, pues la reconstrucción de intercambios argumentativos, efectivos e imaginables, entre autores dinámicos y autores pretendidamente estáticos

se complementa con una explicitación y una reformulación de los términos del debate, para evaluar el calado efectivo de este. Justamente, el análisis crítico permite identificar dos clases de acercamiento teórico para hablar de los derechos, *con vistas a una integración de enfoques* (IV§3): el analítico-conceptual, encarnado ejemplarmente por Hohfeld, y el valorativo-justificativo, cristalizado en las aportaciones de MacCormick y Raz.

Tras ello, profundizó las versiones de la teoría del interés que elaboran los representantes más notables de la concepción dinámica de los derechos: la teoría del interés de Neil MacCormick (V) y la teoría del interés de Joseph Raz (VI). La tensión entre el valor de la autonomía y la protección que dispensan los derechos es el problema más notable que está presente, tanto abierta como tácitamente, en la propuesta de MacCormick, que concita un *elogio de la protección y una acogida del antipaternalismo*. La teoría de la voluntad se centra en la autonomía, mientras que la teoría del interés se fija en la protección del bienestar; la combinación de valores provenientes de una y otra teoría genera algunas tensiones y ello hace del examen de la teoría maccormickiana una sede apta para la concreción de algunos desacuerdos y la propuesta de algunos fundamentos para la complementariedad teórica. Por su parte, la teoría raziana merece ser estudiada en cuanto investigación pionera, detallada y, en muchos puntos, sofisticada de los papeles que juegan los derechos en el razonamiento práctico de los operadores jurídicos en un Estado constitucional (los derechos, para una visión como la raziana, tienen *múltiples facetas en el razonamiento jurídico*). Con todo, el modelo raziano está aquejado de distintos inconvenientes teóricos; entre otras cosas, justamente en lo relativo a la heterogeneidad de funciones y el espacio conceptual exiguo que asigna a los derechos en la red de nociones conexas (intereses y deberes). La teoría raziana de los derechos presenta un planteamiento teórico valioso acerca de cómo entender el concepto de «derecho», pero su configuración es, en gran medida, vaga, inestable e induce a confusión.

Un contraste notable con las versiones dinámicas de la teoría del interés se encuentra en la teoría de los derechos de Kramer. Con su examen se cierra la investigación más extictamente reconstructiva y crítica de las teorías de la función de los derechos (VII). La explicación krameriana las teorías de los derechos los sitúa entre *el rigor de la correlatividad y la holgura del beneficio*. De hecho, semejante explicación resulta de la intersección de las enseñanzas hohfeldianas con la teoría del interés. Y precisamente en razón de esa intersección es una sede idónea para indagar cuán profunda es la cesura de exámenes analítico-conceptuales e investigacio-

nes valorativo-justificativas, los planos de análisis de los derechos que he identificado y cuya complementariedad he propugnado en el capítulo IV.

Seguidamente, estudio en detalle el contenido de los derechos, los bienes que estos distribuyen o deben distribuir, según ciertas teorías de la justicia y teorías de la función de los derechos, y las distintas comprensiones de «interés» que pueden ser empleadas, para identificar los caminos argumentativos, los presupuestos y las implicaciones de adoptar una u otra comprensión (VIII§1). Para ello, parto de las contribuciones de filosofía política, moral y jurídica centradas en la noción de «interés» y otras afines (*i. e.*, «preferencias» y «necesidades»). El mecanismo de reparto de los bienes sobre el que versan esas teorías de la justicia no es necesariamente el de los derechos, pero la idea que está detrás de ese capítulo es que sus resultados son, al menos mediatemente, aplicables a los derechos; entender los bienes distribuidos en una comunidad política (el contenido de mecanismos normativos de protección como los derechos), así como los criterios de asignación de bienes propios de teorías de la justicia liberales permite comprender un mecanismo privilegiado de conferir dichos bienes; esto es, los derechos.⁵ De igual modo, el examen de cuál es la mejor comprensión de la noción de «función» como descripción de las tareas que emprenden las teorías de la función de los derechos (VIII§2), al igual que el examen de los diferentes propósitos que se plantean y que logran acometer dichas teorías (VIII§3) son etapas importantes en un *reconocimiento analítico de compromisos teóricos*, la dilucidación de las bases metateóricas y metodológicas de una teoría de la función de los derechos.

Finalmente (IX), junto con el esbozo de un balance del conjunto de la investigación, examino los problemas teóricos a los que las teorías del interés y de la voluntad logran hacer frente, su capacidad explicativa y su solidez sustantiva. Asimismo, ofrezco distintos *fundamentos para elaborar una teoría de la función de los derechos*, pautas y elementos para defender una teoría compleja de la función de los derechos que comprenda las teorías del interés y de la voluntad, discriminando contextos de uso de los «derechos» y perspectivas de análisis acerca de ellos.

⁵ En efecto, además de dilucidar los derechos a la luz de los intereses (II-VII, IX), creo que es fructífero analizar puntualmente las nociones de «derecho» e «interés» de forma —al menos, relativamente— independiente, para luego extrapolar los datos del examen de una de las nociones a la otra (VIII, IX§4.2.2), o bien a la interacción de una noción con la otra (VI§1.1, VI§2). Otro posible modo de examinar el derecho subjetivo al margen del interés es testando la plausibilidad explicativa de la teoría de la voluntad (III, IX).

I.2. DE BENTHAM A KRAMER: (RE)LECTURAS, ENMIENDAS, DIÁLOGOS. LA IMPORTANCIA DE LA METATEORÍA DESCRIPTIVA Y CRÍTICA Y SUS CONEXIONES CON LA FORMULACIÓN DE TEORÍAS

Reconstruir doctrinas, indagar sus presupuestos e implicaciones, y someter a crítica las tesis y los compromisos son operaciones recurrentes en este libro; operaciones fundamentales para el diseño de nuevas teorías. Dada la importancia que este libro confiere a las labores de metateoría descriptiva y crítica, vale la pena que me detenga de forma somera sobre ellas, para defender su importancia, y su relación con la tarea teórica.

En primer lugar, en lo que se refiere a la relevancia del objeto descrito, puede decirse que la *analytical jurisprudence of rights* presenta hitos del acercamiento de los filósofos analíticos a la cuestión de los derechos, por distintas razones. Para algunos autores, el análisis descriptivo y la redefinición de los enunciados acerca de derechos constituye una pieza clave en proyectos demistificadores ambiciosos del sistema jurídico (esencialmente, Bentham, II), al tiempo que la desambiguación del vocablo «derecho» y la elaboración de taxonomías contribuyen a la clarificación de las herramientas lingüísticas y conceptuales de que disponen los juristas y a la resolución de problemas atinentes a la aplicación del derecho (Bentham, II; Hohfeld, IV; en menor medida, Kramer, VII). Algunas de estas aportaciones, en especial, las provenientes de los analistas clásicos de los derechos, suponen propuestas ambiciosas de reglamentación conceptual y lingüística del vocabulario usual empleado por el legislador y por los operadores jurídicos, mediante reconstrucciones racionales de los «derechos» (Bentham, II; Hohfeld, IV). En cambio, Hart supone una renovación del método, de la manera de concebir el análisis conceptual de derechos y de otros conceptos institucionales (Hart, III), y sus discípulos presentan —sobre esa base, aunque pretendiendo trascenderla y trascendiéndola en parte— un panorama acerca de las nuevas maneras de entender el razonamiento práctico de los operadores del derecho en sistemas jurídicos constitucionales (MacCormick y Raz, IV, V, VI). Asimismo, los problemas de «identidad»⁶ e identificación de los derechos son un banco de pruebas relevante de la actitud de los filósofos analíticos de corte positivista hacia conceptos jurídicos fundamentales compartidos con la filosofía moral y política. Efectivamente, a muchos defensores del iuspo-

⁶ Cfr. Comanducci, 2016: 64.

sitivismo metodológico les ha resultado embarazoso dar cuenta de «situaciones favorables tuteladas por la moral antes todavía que por el derecho».⁷ Para quien defienda el positivismo jurídico, los derechos en cuanto entidades o propiedades normativas dependen de hechos empíricos más fundamentales. En efecto, aquí examinaré, de una parte, los intentos realistas de explicar los derechos en términos de los hechos empíricos en cuya virtud son establecidos y que suponen su disciplinamiento (las sensaciones, la conducta y, en menor medida, las disposiciones legislativas, en el caso de Bentham, II) y, de otra parte, las propuestas que les conceden un rol independiente, central y (aparentemente) importante en los sistemas jurídicos y, concretamente, en su nomodinámica, propuestas que son parte de ambiciosos proyectos prácticos centrados en conceptos primitivos como los de «razón» y «dignidad» (Raz y MacCormick, IV, V, VI). Por último, además de aportaciones significativas a la filosofía analítica del derecho, algunos de estos hitos pueden ser vistos también como momentos significativos de la construcción de un enfoque antiformalista en el tratamiento del fenómeno jurídico. No es casual, pues la noción de «interés» ha sido empleada con suma frecuencia para introducir consideraciones, entre otros, de orden psicológico, sociológico, así como para abrir la ciencia jurídica al ámbito de la política del derecho; son casos notables el modelo explicativo de la aplicación judicial del derecho del realismo jurídico americano y los modelos explicativos de la actividad legislativa y del fenómeno jurídico jheringianos.

La metateoría descriptiva, tal y como aquí la llevo a cabo, responde, en primer lugar, a propósitos estrictamente reconstructivos: a través de esta aspiro a plantear una presentación detallada de los intercambios argumentativos complejos que conforman la discusión acerca de la función de los derechos y de los múltiples presupuestos que están en el trasfondo de estos intercambios. Y ello tanto en sus argumentos más ostensibles y divulgados como en sus argumentos menos conocidos, ignorados, deliberada o inconscientemente, o que han quedado incomprendidos o que han sufrido, incluso, deslizamientos y forzamientos.

Porque tiende a leerse a Bentham a través de la explicación y crítica de Hart; a Hart, a través de la de MacCormick, y así sucesivamente. Lo cual genera «teléfonos rotos», desfiguraciones, que la reconstrucción tiene por cometido evitar y rectificar, para rescatar las contribuciones históricas de incomprendiones, relecturas parciales y polémicas y para restituir a los

⁷ Barberis, 2009: 404.

autores la voz ignorada, con su profundidad y sus matices. Al examinar distintos autores, se suscitan problemas y se establecen soluciones meta-teóricas y teóricas relativamente distintas, en virtud de las necesidades teóricas y prácticas con que se han encontrado y tal y como las han percibido los autores en cuestión, cada uno pertrechado de un bagaje y un instrumental y animado por preocupaciones diferentes. Para comprender las convergencias y divergencias entre autores propicio un diálogo entre ellos. Por mi parte, prosigo ese diálogo y emplazo al lector a retomarlo, con la aspiración de obtener de esa investigación «polifónica» los mejores argumentos disponibles.

I.3. DEFINICIONES Y ACLARACIONES ACERCA DE LOS USOS DE LA EXPRESIÓN «DERECHO»

Por último, antes de pasar al análisis teórico, es importante plantear unas contadas definiciones operativas mínimas y aclaraciones léxicas en torno a la expresión «derecho» y su eventual adjetivación, puesto que, como es natural, me valgo de dicha expresión en este libro de forma persistente.

Como se colige, en alguna medida, de lo señalado hasta aquí, en esta investigación entiendo de partida por «derecho subjetivo» una posición que es conferida a un titular por una norma (en este libro me centro, primordialmente, en las jurídicas, pero también puede tratarse de normas morales), una posición que expresa un mecanismo de protección que dispensa un sistema normativo. La idea de posición normativa es sumamente útil, si bien no constituye una caracterización definitiva y tiene un lado insidioso.⁸ Esto es, en virtud de una definición mínima de carácter funcional,⁹ un «derecho subjetivo» es una posición, conferida a un sujeto (a una clase de sujetos) por una (o más) norma(s), que consiste en ser titular de una protección. Esa protección normativa es relativa a un fin que se estima merecedor de tutela.

⁸ Cfr. Celano, 2018: 19 ss.

⁹ Se trata de una definición lo suficientemente general como para captar la mayoría de los usos de juristas y teóricos del derecho occidentales contemporáneos de la expresión «derecho subjetivo» —solo deja fuera, según creo, el «derecho» entendido como «derecho-razón»—, y no presta atención a otros elementos importantes de carácter estructural, como el que los derechos siempre expresen alguna clase de modalidad lógica o que siempre impliquen y estén implicados por una posición normativa distinta (estas tesis son examinadas en IV).

En qué consista ese mecanismo de protección y, sobre todo, que aquello que proteja ese mecanismo de protección sea un interés y que la situación normativa en que se encuentra el sujeto titular sea de ventaja son premisas adicionales que, en este libro, me dedico a explorar y justificar. En pocas palabras, la definición operativa que acabo de introducir debe servir para orientarse en la investigación, para tener una idea preliminar de qué significa « X tiene derecho a φ »; en cambio, cuáles son las propiedades primitivas de los derechos, en múltiples usos lingüísticos, es algo que iremos desvelando en esta obra, al recorrer las principales vías argumentativas de la teoría analítica de los derechos. Por razones vinculadas a estas observaciones, la definición mínima de «interés» que ahora puedo proporcionar es considerablemente más acotada: un estado de cosas interesa a un sujeto cuando su bienestar depende de la obtención de ese estado de cosas. Pero cuestiones tales como bajo qué condiciones puede afirmarse que «el sujeto x tiene interés en el estado de cosas z » y otras cuestiones, como la de si el contenido del bienestar lo determina el punto de vista del propio sujeto o una persona o una perspectiva externas a aquel son puntos de llegada de esta investigación, antes que puntos de partida. En el capítulo octavo ofrezco algunas claves para la resolución de estos problemas.

En este libro, me refiero las más de las veces a «derechos», sin ulteriores cualificaciones. El único adjetivo que incluyo con una frecuencia significativa es el de «subjetivo», y con ello pretendo más bien evitar una fundamental ambigüedad léxica del vocablo «derecho» y no tanto incorporar matices; salvo uno que estimo básico.¹⁰ En efecto, pretendo distinguir lexicalmente el «derecho subjetivo» (la posición normativa) del «derecho objetivo» (el ordenamiento jurídico) y esta distinción suele presuponer la tesis básica —el matiz al que me refería hace un momento— de que un derecho subjetivo solo puede ser conferido por una norma.¹¹ Pero no pretendo aludir a doctrinas como la de los «derechos públicos subjetivos».

Dicho esto, la norma que confiere derechos no tiene por qué ser jurídica. Así, en ciertos casos, estimo relevante especificar si el contexto norma-

¹⁰ En todo caso, conviene recordar que la ambigüedad léxica que acabo de señalar se produce en castellano, italiano, francés y alemán, pero no se da en inglés y que la terminología de «derecho subjetivo» es ajena a la tradición anglosajona (cfr. Campbell, 2017).

¹¹ Esta puede ser y es comúnmente vista como una importante lección kelseniana (cfr. Celano, 1999: 227). Sea como fuere, veremos que Bentham ya insiste en este punto (II§2.1).

tivo en que son proferidos enunciados de derechos es el de un sistema moral o el de un sistema normativo jurídico. Me refiero a las categorías de posiciones del primer sistema como «derechos morales» y a las del segundo, como «derechos jurídicos», entendiendo que esta última es la denominación más sencilla e idónea para evitar equívocos.¹² En los capítulos que siguen, las más de las propiedades funcionales y estructurales que examino, de ser aplicables a los derechos jurídicos, lo serían también a los derechos morales, de tal suerte que no especifico a qué clases de derechos me refiero. No considero necesario pronunciarme acerca de si tiene sentido, desde una concepción positivista del derecho, hablar de «derechos morales», con las dificultades que ello entraña, y asumo que la respuesta a semejante pregunta es afirmativa. Solo ocasionalmente y en un segundo momento, especialmente cuando discuto la elaboración de una teoría de la función de los derechos, considero importante afrontar este punto (IX). Como he tenido ocasión de señalar, las variedades de derechos, los contextos de uso de la expresión «derecho (subjeto)» son, a menudo, muy relevantes; ello determina que la adscripción de ciertas propiedades normativas a los derechos sea viable y sólida en unos contextos, pero no en otros.

Puntualmente, cuando es oportuno aludir a ciertos rasgos estructurales de los derechos, es relevante especificar si por «derecho subjetivo» hay que entender una posición normativa individual elemental, no reducible a otras clases de derechos, una posición «atómica» (expresado en términos hohfeldianos, de los que me sirvo frecuentemente, tal posición es o bien una pretensión, o una libertad, o un poder, o una inmunidad) o un conjunto «molecular» de varias de las posiciones que acabo de enumerar.¹³ Denomino la primera noción «microderecho»; la segunda, «macroderecho».¹⁴

Por último, cuando menciono una expresión lingüística sigo la convención extendida en un amplio sector de la literatura filosófica de entremillar la expresión en cuestión.¹⁵ En muchos casos en que me sirvo de esta convención, trato la expresión del lenguaje objeto en calidad de concepto.

¹² Aunque esta solución paga el precio de incurrir en cacofonías (cfr. Celano, 2013: 22).

¹³ Para la presentación y el examen de la taxonomía hohfeldiana y de esta distinción IV§1.2.

¹⁴ Véase Barberis, 2014: 83.

¹⁵ Desde Tarski (1994 [1941]).

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS COMO FICCIONES ÚTILES: LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE BENTHAM

Rights, [...] these fictitious but not the less valuable objects.

(Bentham, 1843, t. 2: 98)

Jeremy Bentham inaugura el proyecto de las teorías analíticas de los derechos. No solo puede afirmarse, con bastante seguridad, que Bentham es el primer iusfilósofo analítico que afronta de forma suficientemente articulada la pregunta de «¿qué es un derecho subjetivo?», sino que también puede afirmarse, con mayor seguridad todavía, que las respuestas que Bentham proporciona a dicha pregunta presentan notables dosis de originalidad y modernidad.

Efectivamente, la teoría de los derechos de Bentham supone, desde las perspectivas historiográfica y teórica, un verdadero hito en la historia de la *analytical jurisprudence*, pues constituye un aporte fundacional de dos líneas de investigación acerca de los derechos: una relativa a cuestiones ontológicas y semánticas, otra relativa a problemas funcionales de los derechos.¹

¹ Que la propuesta teórica y el análisis benthamianos cuentan con sobrados elementos para poder hablar, en rigor, de una teoría benthamiana de los derechos y, por añadidura, de una teoría sumamente relevante son consideraciones que pueden suscitar desconcierto en algunos lectores. La razón de ese desconcierto radica en una comprensión que presenta a Bentham como poco proclive a los derechos y esta comprensión puede deberse, a su vez, a otras comprensiones y precomprensiones. Entre otras, se puede deber a la reluctancia a admitir que una teoría ética utilitarista pueda dar cabida de forma apropiada a los derechos, ni siquiera en cuanto análisis estructural y funcional de los derechos (un diagnóstico para cuyo cuestionamiento el presente capítulo ofrece unos pocos argumentos); se puede deber a una predisposición, en algunas culturas

En primer lugar, Bentham inaugura investigaciones semánticas y ontológicas acerca de los derechos; el filósofo londinense está singularmente preocupado por la necesidad de determinar el peculiar estatus ontológico del objeto al que la expresión «*right*» («derecho subjetivo») se refiere y está preocupado por la posibilidad de atribuir significado a los enunciados en que aparece dicha expresión. Como acabo de señalar, no solo el aporte benthamiano tiene carácter fundacional, sino que está dotado de muchos elementos innovadores y sofisticados. Así, la dilucidación de los usos lingüísticos de los juristas, y, particularmente, el descubrimiento de un método con que identificar los hechos a los que tales usos deben, en última instancia, ser reconducidos, suponen un notable antecedente de aportes más elegantes y recientes. Son un antecedente notable de la crítica «antimetafísica» de las categorías jurídicas tradicionales emprendida por el realismo jurídico escandinavo; de los intentos de desambiguación estructural del vocablo «derecho» llevados a cabo por Hohfeld y por Kelsen; de la identificación del lenguaje como objeto de estudio y herramienta principal de resolución de disputas conceptuales por parte de la filosofía del lenguaje ordinario de matriz oxoniense. Por no mencionar que ciertos presupuestos y tesis de la explicación benthamiana de los conceptos abstractos anticipan algunos —hoy prácticamente indiscutidos y básicos— fundamentos de filosofía del lenguaje e innovadoras tesis de semántica cognitiva. El esclarecimiento lingüístico de la expresión «derecho subjetivo» —así como de otros conceptos jurídicos fundamentales— es una parte importante de la teoría benthamiana de los derechos y una precondition básica para acometer la crítica demistificadora del derecho positivo y la defensa de una refundación utilitarista de la política del derecho. En efecto, para Bentham, el derecho es una técnica de motivación directa de las conductas y el lenguaje jurídico es un tipo de lenguaje con funciones directivas, de carácter técnico y con elevadas dosis de abstracción.

La base de la dilucidación ontológico-lingüística y del proyecto práctico de reforma del derecho benthamianos, así como las distintas conexiones entre ambas empresas pueden cifrarse en las nociones de «placer» y «dolor». Por

jurídicas contemporáneas, al «imperialismo» de los derechos (en este sentido, para la posición de Bentham ante las declaraciones de derechos, una posición entre la invectiva virulenta y la resignación pragmática, II§2.1.1); finalmente, se puede deber a la incapacidad para discriminar en los análisis de Bentham distintos dictámenes sobre la suerte semántica de los derechos en función del distinto tipo de norma que los confieren, de derecho natural y derecho positivo (para un breve análisis de esta cuestión, II§2.1).

un lado, la atribución de significado y la comprobación de la existencia de un referente de conceptos abstractos institucionales como los de «derecho» y «deber» pasan fundamentalmente por la comprensión, en parte, mediante la simulación, de las percepciones sensibles de «placer» y «dolor». Por otro, el fin que ha de maximizar el legislador utilitarista es la utilidad (que se hace corresponder con la variable empírica del «placer») y los medios con los que la legislación formal e informal ha de llevar a cabo semejante maximización consisten en la asignación de premios (*i. e.*, placeres) y castigos (*i. e.*, dolores).

En este panorama, la teoría del beneficiario, latamente entendida, ofrece un modelo descriptivo de los derechos, que informa acerca de los efectos típicos de los derechos en un sistema jurídico (la asignación de placeres y la estructuración de expectativas), y un modelo normativo de los derechos, que propone ciertos modos en que han de ser empleados y atribuidos, para maximizar la utilidad general (el placer agregado), mediante la fuerza motivacional del derecho (la persecución del placer y la evitación del dolor). Es decir, la teoría del beneficiario constituye una pieza relevante de la tarea del jurista expositor, en la medida en que permite explicar el funcionamiento de una parte del derecho; especialmente, el sector civil, y, más concretamente, el constitucional, y del jurista censor, en la medida en que brinda los fines y medios que han de ser perseguidos por el legislador utilitarista.

Pero, justamente, la teoría de Bentham no solo supone, en la tradición de lo que se identifica, con cierta propiedad, como «filosofía analítica», el comienzo de la dilucidación conceptual de los derechos, sino también el comienzo de la reflexión acerca de las propiedades funcionales de los derechos —y acaso también las propiedades sistemáticas, como subconjunto de las funcionales—, y el inicio del debate entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad.²

Cierto es que para que Bentham fuera reconocido como iniciador, en la filosofía analítica del derecho, de la reflexión sobre los derechos y para que el debate acerca de la función de los derechos tuviera lugar ha habido que esperar a la labor de glosa y crítica de Hart (cuyo análisis será acometido en el próximo capítulo), cerca de dos siglos después de que Bentham escribiera los textos que Hart glosaba.³

² Sin perjuicio de que puedan identificarse precursores de tales teorías (posibilidad que es examinada IX§4.1). Como es sabido, entre los canonistas medievales ya pueden reconocerse algunos análisis estructurales y funcionales de los derechos.

³ La labor de interpretación hartiana, inauguradora del estudio del Bentham teórico de los derechos —al igual que, en lo fundamental, del Bentham teórico del

Bentham concebía los derechos como un importante mecanismo mediante el cual el ordenamiento jurídico dispensa beneficios a sus titulares, a través de la imposición o de la exención de deberes. Las modernas teorías del interés reconocen en la teoría del beneficiario un venerable precedente. Sin embargo, veremos que numerosas tesis y presupuestos de la teoría del beneficiario exceden con creces lo que las modernas teorías del interés esperan de ella.⁴

Los dos conjuntos de cuestiones de que Bentham es un iniciador notable confluyen en muchos puntos del análisis y teoría benthamianos. Precisamente, la teoría de los derechos benthamiana puede quedar compendiada en la afirmación de que esta concibe los derechos como «ficciones útiles».⁵ Los derechos son una construcción abstracta (en la jerga benthamiana, «ficticia») de la mente humana, fruto de experiencias perceptivas y sensorio-motoras, cuyo uso en el campo jurídico, por otra parte, persigue la garantía y tutela de utilidades. De este modo, el estudio de la teoría del beneficiario requiere abordar las peculiares herramientas lingüístico-ontológicas con las que Bentham explica los derechos, así como captar el rol preciso que desempeñan los derechos dentro de la propuesta utilitarista. Dicho de otro modo, para entender la teoría de los derechos de Bentham hay que comprender la dimensión ontológico-lingüística de los derechos (¿Qué es, ontológicamente, un derecho? y ¿qué relación guarda con las percepciones sensibles del placer y el dolor?) y la esfera sustantiva, ético-política de los derechos (¿En qué consiste, normativamente, tener un derecho? y ¿qué relación guarda con la maximización y asignación de placer y dolor?).

derecho positivo— se volvió en poco tiempo canónica. Hart cristaliza, para buena parte de la literatura posterior, tanto la formulación del análisis de la teoría de los derechos de Bentham como los términos de la oposición entre las teorías del interés y de la voluntad.

⁴ De hecho, distingo tres acepciones posibles de la locución «teoría del beneficiario» y sostengo que los teóricos del interés aluden, preferentemente, a la que cabe denominar «versión mínima».

⁵ Aunque me exprese en términos de «ficciones» en diferentes ocasiones, la mayoría de ellas pretendo aludir a lo que Bentham denominaba en rigor «nombres de entidades ficticias» o, más sencillamente, «entidades ficticias». Si, para Bentham, la expresión «ficción» designa la «proposición falsa tenida por verdadera», la expresión «entidad ficticia» designa la «entidad carente de existencia física» o «un sustantivo desprovisto de referencia, pero que puede insertarse en enunciados significativos, dotados de valor de verdad» (cfr. Chiassoni, 2001). Pese a ser más equívoca, la denominación «ficción» es mucho más usual que su alternativa.

Como intentaré mostrar, la teoría del beneficiario, que Hart consideraba «el rasgo más sorprendente del análisis de Bentham de los derechos jurídicos»,⁶ ocupa un lugar crucial en el proyecto benthamiano de explicación y mejora del derecho positivo.

En la reconstrucción y el análisis crítico de la teoría de los derechos de Jeremy Bentham observo el siguiente orden. En primer lugar (II§1), estudio las bases teóricas del utilitarismo ético benthamiano; para ser exactos, examino algunas de las tesis más destacables de la teoría psicológica de la acción y de la teoría de la legislación, un examen articulado alrededor de los usos benthamianos de la expresión «interés». Pero para motivar directamente las conductas, como pretende el derecho, este debe emplear el lenguaje y las percepciones sensibles. La explicación de estos mecanismos y de la singular realidad que los juristas construyen como fenómeno jurídico es labor de la teoría ontológico-lingüística benthamiana. Tras haber expuesto la trama teórica en que se asienta la comprensión de los derechos, en segundo lugar (II§2), analizo la teoría del beneficiario defendida por Bentham. Así, adoptando perspectivas reconstructivas y críticas, aspiro a responder algunas cuestiones conceptuales, fundamentalmente neutrales, de índole teórico-jurídica, preguntas tales como ¿qué taxonomía de los derechos podemos encontrar en Bentham?, ¿puede hablarse, según el autor inglés, de una mutua implicación de derechos y deberes?, y otras sustantivas, fundamentalmente comprometidas con valores sustantivos, de índole iusfilosófica y filosófico-política, cuestiones como ¿qué papel deben cumplir los derechos en un ordenamiento utilitarista? Precisamente, la confusión entre el orden analítico-conceptual y el orden valorativo-justificativo de preguntas por parte de algunos comentaristas ha tenido efectos aciagos en la recepción y comprensión de las afirmaciones de Bentham en materia de derechos. Así, por citar la más significativa para este capítulo, la aserción de la prioridad ontológica de las obligaciones frente a los derechos y la tesis de la correlatividad lógico-existencial de derechos y obligaciones han sido erróneamente entendidas como una valoración acerca del contenido (en concreto, sustantivo) de derechos y obligaciones y como una defensa de la eventual prioridad (también justificativa) de las segundas respecto de los primeros.⁷

⁶ Hart, 1982: 174. Es mía la traducción de esta cita, así como la de todas las demás pertenecientes a obras referenciadas que no aparezcan en castellano en la bibliografía de este libro.

⁷ Examino de forma autónoma semejantes confusiones en lo relativo a la recepción, debidas en gran medida a algunas formulaciones equívocas de Hart y a la incom-

En lo que atañe a la recepción de Bentham, Hart ha sido uno de los más notables «intermediarios» que los textos benthamianos requieren, si se pretende divulgarlos entre un público de iusfilósofos relativamente amplio.⁸ Efectivamente, Hart ha realizado inestimables tareas de exposición y clarificación del texto y de discusión problematizada.⁹ Pero para dar cuenta de varios elementos teóricos de la obra de Bentham, rectificando algunas incomprensiones que se dan con cierta frecuencia, hay que ir más allá de la labor exegética de Hart. Este desatiende el texto benthamiano en varios puntos cruciales, como ciertos aspectos del peculiar papel de los derechos en los cálculos utilitaristas (II§1) y el reconocimiento por parte de Bentham de la plausibilidad de algo sumamente parecido a la teoría de la voluntad (especialmente III§3.2). Sin embargo, la insuficiencia que se ha revelado más significativa en la literatura contemporánea consiste en no haber señalado que la acusación de redundancia que Hart dirige de forma parcialmente indistinta a los teóricos del interés no alcanza a la teoría del beneficiario benthamiano. Tales inadvertencias responden fundamentalmente a la preocupación del profesor oxoniense por replicar, más que al Bentham histórico, a dos interlocutores ideales: el utilitarista en moral y el teórico del interés. Pero el examen crítico de la teoría del beneficiario tal y como lo formula Hart está básicamente ausente en el presente capítulo, siendo uno de los principales objetos del próximo.

Ofrecer una reconstrucción de las doctrinas benthamianas es, como se puede apreciar, uno de los propósitos centrales de este capítulo. Aquí expongo tanto el Bentham «histórico», «manifiesto», inadvertidamente parapetado en su *An introduction to the principles of morals and legislation*,¹⁰ que quedó fijado en los comentarios de Hart y que tuvo en cuenta la mayoría de los teóricos del interés posteriores —y buena parte de los teóricos del derecho hasta aproximadamente los años 90—, como el Bentham que ha permanecido hasta hace poco «soterrado» —hasta la recuperación y

prensión de Lyons, en el próximo capítulo (III§4). En cambio, reconstruyo con detenimiento los argumentos que permiten establecer distintos órdenes de prioridad entre derechos y deberes en la obra de Bentham en el presente capítulo (II§2).

⁸ Véase Twining, 1998: 23; cfr. Hart, 1971: 21, 42.

⁹ En efecto, conviene reconocer lo valioso e ingente del trabajo reconstructivo de las aportaciones de Bentham a la filosofía del derecho acometido por Hart, culminado en sus *Essays on Bentham* (1982). Acaso un trabajo panorámico semejante solo tenga el parangón de las monografías de Harrison (1983), fundamentalmente para la filosofía del lenguaje benthamiano, y de Moreso (1992), para su filosofía jurídica.

¹⁰ Cfr. Schofield, 2009: 22; cfr. Kelly, 1990: 10, 12.

transcripción de manuscritos reveladores y hasta la aparición de una literatura revisionista—,¹¹ reflejado en sus escritos menores, de redacción tardía o de aparición y publicación recientes, de orientación más marcadamente liberal.¹² El Bentham ignorado al que me refiero no se circunscribe a su propuesta del utilitarismo moral; en efecto, en este capítulo examino, incidental y someramente, algunas cuestiones aún disputadas relativas a su comprensión ontológico-lingüística, como los distintos métodos de explicación de las entidades ficticias y las nociones en que, según el célebre método de la paráfrasis, se resuelve desde una perspectiva ontológica y semántica la noción de «derecho subjetivo».

Pero la teoría de Bentham contiene muchos elementos valiosos para elaborar teorías de los derechos, y en este capítulo el trabajo de metateoría descriptiva deja paso a la discusión de distintos elementos teóricos y de correspondientes pistas de investigación, en los que aspiro a profundizar en el resto de este libro. La propuesta del utilitarismo benthamiano (fundamentalmente, los elementos presentados en II§1) resulta una anticipación, si bien algo rudimentaria, sumamente original, de muchas cuestiones que serán estudiadas en VIII.¹³ Cuestiones tales como ¿qué razones tienen las teorías de la justicia para asumir una concepción subjetiva o una concepción objetiva de los intereses?, ¿cómo ha de interpretarse la afirmación de que los individuos persiguen su autointerés?, ¿puede la distribución de beneficios tener en

¹¹ Entre otros, cfr. Schofield, 2009: 21; cfr. Postema, 2019.

¹² En lo que concierne a la reconstrucción, no es infrecuente hablar de «distintos Bentham» ante la aparición diacrónica en la obra del autor de discontinuidades y rupturas (reales o aparentes contradicciones, diferencia de soluciones, cambios de énfasis). Ni es tampoco infrecuente, en lo que atañe a la reconstrucción de la reconstrucción, referirse a un «Bentham de Hart», un «Bentham de Mill» o un «Bentham de Halévy» (cfr. Himmelfarb, 1969: 193; cfr. Hume, 1978: 4). No pretendo pronunciarme sobre estas cuestiones, que no estimo preciso desentrañar; solo pretendo afirmar que, en mi reconstrucción, voy a desatender los «distintos Bentham», en la medida en que mi acercamiento no es estrictamente textual ni se rige por la periodización de las obras benthamianas, y que, en mi reconstrucción de reconstrucciones, dedicaré cierta atención específicamente al «Bentham de Hart», aunque ese «Bentham» no se encuentre tan distante de la reconstrucción de Bentham que aquí elaboro.

¹³ Naturalmente, afirmar que el enfoque problemático o las soluciones que presenta Bentham contengan grandes dosis de originalidad no equivale a negar su deuda con los pensadores de su tiempo y sus predecesores. De hecho, como veremos puntualmente —especialmente al examinar su tratamiento de la noción de «interés» (II§1.1)—, diferentes doctrinas de Bentham plasman de forma manifiesta y a veces paradigmática otras significativas concepciones filosóficas y políticas de su época.

cuenta las preferencias externas, de sujetos distintos del titular del derecho? Asimismo, la teoría del beneficiario encierra algunas soluciones teóricas que son muy afines a y esclarecedoras de las defendidas por distintos teóricos de los derechos contemporáneos. Por ejemplo, los derechos y obligaciones de ciertos estatutos personales conforman un escenario cercano a la comprensión raziara de los intereses «de coparticipación»,¹⁴ o bien la posibilidad, ya mencionada, de dar cabida a la teoría de la voluntad, que trasluce una conciencia afin a modernas propuestas integradoras. Muchos de estos puntos han pasado inadvertidos hasta la fecha. Por último, en este capítulo, dedicado a la teoría de los derechos de Bentham, aspiro a promover una reevaluación de la perspicacia de la teoría de los derechos benthamiana, así como a plantear una introducción sólida a muchas de las inquietudes, problemas y soluciones que son estudiados en el resto de esta investigación.

II.1. LAS TEORÍAS PSICOLÓGICA Y LEGISLATIVA: LA NOCIÓN DE «INTERÉS»

Los beneficios, los placeres son el bien que dispensa el legislador utilitarista; ante todo, mediante derechos. Sin embargo, para lograrlo, debe dominar los mecanismos de gestión agregada de placeres y dolores, propiciando las acciones que sean conformes al interés público, es decir, las acciones que maximicen la utilidad de la comunidad en cuestión. Para ello, a su vez, debe conocer las bases psicológicas del interés individual. Cómo se comportan los agentes y qué medidas han de implementar el legislador, el educador, el moralista para que los agentes se comporten de una determinada manera son piezas clave para comprender el conjunto del proyecto benthamiano, del trabajo de «administración» de los derechos y, en general, de la teoría de los derechos de Bentham.

Veremos en las páginas que siguen algunos de los principales presupuestos del utilitarismo benthamiano, empezando por la conexión del sentido descriptivo del principio de utilidad con el sentido prescriptivo. Esto es, analizaremos qué significa la tesis de que los individuos siempre persiguen su autointerés (o, lo que es equivalente, que las acciones individuales siempre aspiran a la maximización del placer) y cómo se conforma ese interés individual al interés público.

¹⁴ VI§5.2.

II.1.1. LA TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA ACCIÓN: EL INTERÉS COMO BASE DE LA EXPLICACIÓN CAUSAL DE LAS ACCIONES

En esta sección afronto, primero, algunos de los rasgos más notables de la explicación benthamiana de la acción, teoría conformada fundamentalmente por lo que Bentham llamaba «*psychological dynamics*» y que aquí será denominada, por comodidad, «teoría psicológica de la acción», para, seguidamente, examinar el campo de la política del derecho, el fin y los medios que debe implementar el legislador utilitarista, objeto de estudio que puede reconducirse a la expresión genérica de «teoría de la legislación».¹⁵ Como resultará manifiesto en las próximas páginas, la teoría psicológica de la acción benthamiana brinda los principales presupuestos de su teoría de la legislación, o, dicho a la inversa, su propuesta ético-política se sustenta en una peculiar antropología. La problemática aquí encarrada puede sintetizarse en los siguientes términos: habida cuenta de que, de facto, cada individuo persigue siempre su autointerés y dado que lo que es correcto para el individuo no es necesariamente correcto para la comunidad, ¿cómo puede lograrse que los efectos de sus acciones coincidan (*i. e.*, se amolden o no interfieran) con el fin que el legislador utilitarista *debe* implementar, la realización del interés general?¹⁶ Adelanto que la principal respuesta a esta pregunta es que el legislador, en caso de divergencia entre autointerés e interés general, debe propiciar que sea interés del sujeto cumplir con su deber, un deber que realiza el interés general (nos encontramos con una identificación artificial de intereses). Qué deba entenderse precisamente por «autointerés» o por «interés general» es algo que veremos en las páginas siguientes, al tiempo que se aborda por qué es significativa la continuidad terminológica de la expresión «interés». En cambio, la división que conviene sentar desde ahora es la distinción entre un enfoque descriptivo, empleado por Bentham para ocuparse de la psicología, y un enfoque normativo, empleado por Bentham en los argumentos de la teoría de la legislación examinados en las próximas páginas.¹⁷

La conducta humana es una conducta orientada a la maximización del placer y la minimización del dolor. Esta tesis conforma el principio de

¹⁵ Bentham, 1871.

¹⁶ Cfr. Schofield, 2009: 23-24; cfr. Ayer, 1948: 249.

¹⁷ En la próxima sección presento la distinción de los enfoques descriptivo y prescriptivo en el acercamiento benthamiano al saber jurídico (II§2).

utilidad en su sentido descriptivo o «expositivo» —un principio que, como es sabido, en su sentido normativo o «censorio», constituye la base del utilitarismo ético benthamiano—. Según la lectura tradicional, que imputa a Bentham un «hedonismo psicológico», los humanos actúan deliberadamente *en busca* de la obtención de placer o de la evitación de dolor.¹⁸ Para ser precisos, la concepción utilitarista clásica de «vida feliz» se corresponde más que al placer pasivo, a la satisfacción de deseos: la felicidad consiste en un estado de satisfacción, un equilibrio entre deseos, por un lado, y su satisfacción, por el otro.¹⁹ Conviene subrayar dos aspectos centrales. Los estados mentales de placer y dolor son la base de la mayoría de las entidades psicológicas, y, también, de aquellas que motivan a actuar (la facultad apetitiva, conectada con la facultad perceptiva a través de dichas nociones).²⁰ Asimismo, la sintiencia funda, al menos en parte, distintos conceptos importantes de ética normativa benthamiana; entre ellos, los derechos.²¹

Una formulación alternativa del principio de utilidad en su vertiente descriptiva, o, lo que es lo mismo, una formulación emblemática del fundamento de la teoría psicológica de la acción puede encontrarse en la tesis según la cual «una acción sin un motivo, sin un interés es un efecto sin una causa».²² ¿En qué sentido? Decir que «toda acción es interesada» es tanto como formular dos tesis conjuntamente: [1] que toda acción responde a un motivo,²³ una afirmación que resulta trivial, fruto de la observación empí-

¹⁸ Véase Moreso, 1992: 288.

¹⁹ Véase von Wright, 2010: 120. Esta interpretación de Bentham ha sido revisada en fechas recientes; según las lecturas reformistas, Bentham concibe a los individuos como empujados a actuar por impresiones sensibles de placer o de dolor, asociadas con ciertas ideas (véase Pellegrino, 2011: 132 ss.). Si semejante caracterización es correcta, Bentham no incurre en los inconvenientes del hedonismo psicológico, pero esgrime una visión de la acción humana con notas aún más marcadamente deterministas. No me detengo en esta alternativa, y adhiero a la reconstrucción tradicional, por considerarla suficientemente sólida.

²⁰ Véase Postema, 2019: 15.

²¹ Ello podría presuponer, en una reformulación más actual y sofisticada, que los intereses que Bentham señala, entre otras cosas, como criterio de asignación de derechos tienen una base neurológica. Con esto, la titularidad de derechos queda potencialmente abierta a animales no humanos (véase Bentham, 2010: 4-5).

²² Bentham, 1843, t. 6: 257-258. La distinción entre «interés» y «motivo» estriba en que el segundo es la forma en que el primero se concreta en la acción, operando sobre la voluntad (véase Kelly, 1990: 31; véase Bentham, 1843, t. 1: 208, 212).

²³ Es decir, con un léxico más preciso, que todas las acciones positivas —Bentham excluye de su análisis las acciones no intencionales— poseen intencionalidad.

rica e indudablemente verdadera para Bentham,²⁴ y [2] que ese motivo consiste en la expectativa de algún bien (*i. e.*, en la obtención de placer o la evitación de dolor).²⁵ La acepción de «interés» que aquí utiliza Bentham es deliberadamente amplia, dependiente de toda clase de motivos, no solo egoístas o centrados en uno mismo (*self-regarding interests*), sino también altruistas (*extra-regarding interests*).²⁶ El agente puede sentir placer o dolor por (tener interés en) el bienestar o malestar ajeno, de tal suerte que Bentham dictamina —de forma solo en apariencia paradójica— que «el más desinteresado de los hombres no está menos bajo el dominio del interés que el más interesado». ²⁷ De este modo, el «dominio del interés» engloba pues también el desinterés (*i. e.*, el interés altruista, el interés que surge de la *sympathy*). Es posible, entonces, caracterizar la teoría psicológica de la acción benthamiana (y, concretamente, el principio de utilidad en su sentido expositivo) como una clase de egoísmo psicológico, en la medida en que considera que, pese a que puedan ejecutarse acciones altruistas, lo que motiva al agente a ejecutarlas es, al menos en último término, su autointerés, un placer que él —y ningún otro sujeto— experimenta.²⁸ Asimismo, sufre una expansión denotativa la expresión «placer», que deja de designar un tipo de percepción sensible, como pretende insistentemente Bentham, para referirse a cualquier clase de estado mental de satisfacción.²⁹ Si las cosas están así, no resultaría descabellado considerar el diagnóstico de Bentham en términos de «autointerés» infalible —y, de hecho, lo que es problemático, no falsable—, bien que escasamente informativo. Siendo así, ha de reprocharse a semejante modelo que ignora cuestiones y distin-

²⁴ Bentham, 2010: 93.

²⁵ Esto es, [2] especifica que la intención indicada en [1] consiste en el deseo de obtener placer o de evitar dolor. Una vez más, la conjunción de [1] y [2] es una formulación alternativa del principio de utilidad en su sentido descriptivo, equivalente a este, salvo por la falta de alusión explícita al elemento de maximización.

²⁶ La acepción amplia es, según Bentham, «el sentido original y el único estrictamente propio» del término (Bentham, 1843, t. 1: 212). Bentham quiere, fundamentalmente, evitar que por «interés» se entienda únicamente «interés egoísta», pues, si así fuera, la afirmación sería indudablemente falsa (Bentham, 2010: 93).

²⁷ Bentham, 1843, t. 1: 212; véase Bentham, 1982: 49.

²⁸ Ahora y en lo sucesivo, entiendo por «autointerés» no solo «interés egoísta» sino cualquier interés que tiene el agente cuya deliberación tomamos en cuenta en cada caso. Dicho esto, como ahora mostraré, el «autointerés» benthamiano no capta adecuadamente los intereses genuinamente altruistas.

²⁹ Véase Harrison, 1983: 151.