

LOS DERECHOS ABSOLUTOS Y SUS EXCEPCIONES*

JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ
Universidad de Santiago de Compostela

ABSTRACT

«Absolute Rights and Their Exceptions» is a contradictory title to purporting point out that even those rights which are said to be absolute, in the sense that there is no justification to oppose them being exercised, are exposed to reasoning in favour of violating them in specific circumstances. This reasoning, which confronts consequentialism and other ethical theories, is examined here using the right not to be tortured as a useful studycase. There are two main reasons to oppose allegedly absolute rights: a) either maximize those rights or minimize the damage to those rights; and b) either maximize some good more important than the one those rights protect, or minimize the damage to such good. Both reasons are analyzed, coming to the conclusion that moral philosophy is able to clarify or focus some aspects of the problem, but cannot offer a solution to the dilemma involved.

* Este trabajo fue presentado originalmente en las IX Jornadas de Filosofía del Derecho, *Derechos humans, Ayer i Hoy*, organizadas por la Universitat de les Illes Balears, celebradas en Palma de Mallorca el 24 y 25 de septiembre de 1998. El trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación PB96-0936-C05-01 «Críticas clásicas y contemporáneas a las teorías del bienestar (Críticas jurídicas, económicas, políticas y éticas al utilitarismo clásico y contemporáneo)».

1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS

El título de estas reflexiones es deliberadamente contradictorio. Como es sabido, son *derechos absolutos* precisamente los que no admiten oposición, por lo que en términos estrictos la posibilidad de que estén sujetos a excepciones carece de sentido. Un derecho es *absoluto* cuando no cabe oponerse justificadamente a su ejercicio; cuando las razones que aconsejan satisfacerlo son siempre de mayor peso que las que puedan aconsejar no satisfacerlo. Lo que quiero dar a entender con ese título es, no obstante, que incluso aquellos derechos de los que se predica un carácter absoluto están expuestos a argumentos que defienden infringirlos en ciertos casos. Mi intención es examinar esos argumentos. El objetivo es reconocer su alcance y pertinencia, y valorar si efectivamente siempre es posible hallar alguna justificación para violar los derechos. La cuestión es, en fin, si los llamados derechos absolutos son en verdad absolutos.

El problema de si existen derechos absolutos está evidentemente ligado al problema de la naturaleza de los derechos humanos, pues son ellos los que se clasifican en ocasiones dentro de esta categoría. De los derechos humanos se dice a veces que son *absolutos* debido a su importancia vital y a sus profundas raíces morales. Se piensa que la justificación para protegerlos es de tal calibre que ninguna otra consideración podría hacerle sombra. Si imaginamos una partida de cartas en la cual ponemos en juego lo que podemos hacer a los demás y lo que los demás nos pueden hacer a nosotros, entonces si en dicha partida hay «triumfos» que permiten a su titular ganar la baza, éstos deben ser los derechos humanos, o algunos de los derechos humanos. Los derechos humanos pueden ser vistos como los derechos morales más básicos e importantes, y en ese caso los que cuenten con una justificación moral más sólida e incuestionable de todos habrán de ser los que reputemos absolutos¹. En efecto, según la teoría clásica de los derechos humanos, no hay excepción posible al deber de respetarlos.

¹ La concepción de los derechos humanos como derechos morales básicos la defiendo en mi libro *La razón de los derechos*, Madrid: Tecnos, 1995. La difundida imagen de los derechos como «triumfos» procede de Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1978, p. 11; y «Rights as Trumps», en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 153-167. Según Dworkin, un «derecho» sólo lo es de verdad si su respeto no puede ser postergado por consideraciones relativas al bien común. No obstante, esto sólo puede sostenerse de los derechos exhaustivamente delimitados, como veremos.

Sin embargo se objetará que sin duda tiene que haber alguna limitación para todos los derechos, incluidos los derechos humanos, siquiera porque al ser diversos y de diversas personas, pudieran resultar incompatibles entre sí. Por ejemplo, si la libertad de expresión y la intimidad son ambas contenido de derechos humanos —y por muy vaga que sea la etiqueta, estos dos objetos no son particularmente polémicos—, entonces parece claro que uno ha de limitar necesariamente al otro. Y si la vida es un derecho humano, la defensa de la vida de unos podría justificar dejar indefensa, o incluso atacar, la vida de otros. Según esto, tampoco los derechos humanos son todos ellos absolutos, pues tienen como excepción al menos la protección de otros derechos humanos de igual o mayor rango. Más exactamente, sólo podría ser absoluto el derecho o los derechos de rango tal que ningún otro derecho pudiera servirle(s) de excepción.

Por otro lado, los derechos tienen un componente y sentido comunitario, además de su dimensión individualista más notoria. Los derechos no podrían obligar como lo hacen si no fuera porque su existencia interesa a todos y no sólo a sus titulares. Esto implica que los derechos no pueden existir, ni ejercerse, radicalmente en contra de la comunidad. Esta es la razón de que habitualmente se diga que los derechos están limitados también por el interés general o por el bien común. En el uso habitual del término, no todos los «derechos» tienen la fuerza de *triumfos* frente a las necesidades o conveniencias de la comunidad. Por ejemplo, decimos que tenemos *derecho* a circular libremente, pero no es un derecho que podamos hacer valer frente al deber de no propagar epidemias. Vistas las cosas por el lado de la comunidad, entonces, la idea de derechos absolutos también se desvanece.

Aquí entra en juego la delimitación de los derechos. La delimitación es, antes que nada, la acción que constituye los derechos y el efecto de dicha acción. Pero llevada a sus extremos, la delimitación es la vía más adecuada y diáfana para generar derechos absolutos. Una vía acaso más transitable para los derechos de carácter jurídico (como los *derechos fundamentales*) que para los de carácter moral (como los *derechos humanos*), pero no exclusiva de aquéllos. Por *delimitación* o configuración de los derechos entiendo el proceso —ligado directamente a su creación, e indirectamente a su interpretación— por el que se establece el contenido peculiar del derecho, sus fronteras o límites internos. *Delimitación* es también el resultado de ese proceso. Comoquiera que un derecho sólo protege aquello que decide la norma que lo reconoce o garantiza, la delimitación de los derechos proviene de dicha

norma, y del ordenamiento en que ella se integra y donde adquiere sentido. Pero, entonces, en la delimitación o configuración de un derecho intervienen todos los elementos que son tenidos en cuenta por la norma que lo menciona y por el sustrato normativo necesario para entender dicha norma. Esto quiere decir que si en el sistema normativo que otorga el derecho en cuestión no sólo se promueven los derechos individuales, sino también —digamos— el bienestar social, en ese caso el contenido de aquel derecho, propiamente delimitado, habrá de incorporar una cierta (necesaria, mínima) atención al bienestar social, de modo que ese contenido no podrá deducirse del simple enunciado del derecho.

De esta forma, *propiamente delimitados*, los derechos serían absolutos en cuanto que no prevalezcan sobre ellos otros elementos o razonamientos que los que ellos mismos incorporan. Esto puede suceder tanto con los derechos humanos como con los derechos fundamentales. Con este apoyo argumental podríamos hablar fundadamente tanto de «triunfos» como de derechos absolutos. Sobre todo los derechos fundamentales, en cuanto derechos jurídicamente delimitados, podrían tener la configuración adecuada para incorporar cualquier hipotética excepción. Por su parte, los derechos humanos, en cuanto derechos morales básicos, podrían tener además en algún caso la fuerza precisa para resistir cualquier oposición. Todos los derechos son fundamentos de deberes, de suerte que si alguien tiene un derecho, otro tiene un deber correlativo hacia aquél. En el caso de los derechos humanos, los deberes correlativos podrían llegar a ser categóricos.

La delimitación de los *derechos fundamentales* es un asunto jurídico, y sobre todo constitucional (si por tales derechos se entiende, como suele hacerse, los garantizados por el ordenamiento jurídico, y más específicamente por la Constitución, incluso frente al legislador). En la medida en que la interpretación unitaria y sistemática de la Constitución permite reconocer los diversos bienes y derechos que protege, y los principios con que lo hace, habrá que concluir que el contenido de cada derecho fundamental no viene determinado aisladamente por el artículo que lo menciona, sino también por aquel conjunto de principios. Pero entonces la aplicación de un derecho fundamental no puede ser nunca exceptuada por razones constitucionales, pues si éstas tuvieran fundamento habrían sido tenidas en cuenta al delimitar el derecho. Por eso, *desde el punto de vista jurídico* (o *de la Constitución*), los derechos fundamentales son absolutos. El problema es aceptar la idea de la delimitación —muchos prefieren ver los derechos fundamentales como una amplia protección de los indi-

viduos otorgada por principios jurídicos genéricos, pero susceptible de límites externos-, y acertar con la delimitación correcta. Lo cierto es que no suele haber una única delimitación clara o correcta, de manera que deben decidir las autoridades con competencia para ello: el legislador y los órganos jurisdiccionales. En cualquier caso, si la delimitación tiene lugar, de ella resultarán derechos que son absolutos a los efectos internos del ordenamiento jurídico.

La delimitación de los *derechos humanos* es un asunto ético (si por tales derechos se entiende, como suele hacerse, los que fundamentan deberes morales ineludibles). Si ya la delimitación jurídica es de por sí problemática, debido a la indeterminación del Derecho, aquí los problemas se multiplican. Porque no está claro para todos ni siquiera que existan normas morales, o que garanticen derechos, y mucho menos cómo los delimitan. Pero en teoría, si hay normas morales que otorgan derechos individuales –y personalmente admito esta premisa–, tales normas han de delimitarlos de tal forma que cuando ese derecho es básico (esto es, un *derecho humano*) su respeto no será susceptible de ninguna excepción justificada. Que un derecho humano exista, en cuanto derecho moral básico, significa que el interés que protege es de tal importancia moral que justifica la imposición de un deber (en principio moral, pero incluso también jurídico). Pero entonces no puede haber derechos de ese tipo si hay razones para eludir ese deber, por ejemplo porque el interés en estar libre de él sea más importante que el interés que el derecho satisface². Por eso, desde el punto de vista moral y propiamente entendidos, los derechos humanos son absolutos.

Así, pues, la perspectiva de la delimitación justifica y conlleva la existencia de derechos absolutos. Pero es una perspectiva que, como tal, no resuelve el problema que anima estas líneas: ¿existen derechos cuyo ejercicio nunca puede ser impedido justificadamente, ya sea jurídica o moralmente; derechos que nunca es lícito o legítimo violar? No lo resuelve, porque la delimitación presenta dificultades prácticas que desaconsejan situarla como condición para contestar la pregunta anterior. Aunque sea cierto que un derecho propiamente delimitado es un derecho absoluto (en su ámbito normativo), lo que está sin responder es si puede delimitarse así un derecho y cuál pueda ser un ejemplo de derecho así delimitado. Por esta razón creo preferible dejar ahora de lado la perspectiva estricta de la delimitación –aunque sigo pensando que

² Tomo este argumento de A. Marmor, «On the Limits of Rights», *Law and Philosophy* 16/1 (1997), pp. 1-18.

es desde el punto de vista teórico la perspectiva correcta— y adoptar otra menos compleja, y quizás más intuitiva. Entenderé en lo sucesivo los derechos no como resultado definitivo de un proceso complejo y exhaustivo de delimitación, sino como datos menos elaborados. Son mecanismos de protección de intereses cuya validez o fuerza de obligar ha de ser contrastada con deberes nacidos de otras fuentes. Desde este punto de vista, la pregunta de si existen derechos que nunca es lícito o legítimo infringir tiene pleno sentido, y se presenta como problema.

Voy a ocuparme de los derechos humanos, y en concreto del dilema de si *todos* ellos son susceptibles de violación moralmente legítima en algún caso; o si, por el contrario, por lo menos *alguno* es refractario a las razones para violarlo. No me ocuparé, en cambio, de los derechos fundamentales, y del problema de si son susceptibles de violación jurídicamente lícita en algún caso. Como estas reflexiones se inscriben en una conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pudiera pensarse que se explica esa elección. Sin embargo un estudio del problema que lo centrare en la *Declaración* probablemente exigiría más un enfoque jurídico y técnico que uno moral y filosófico. Yo he preferido tener en cuenta la *Declaración* por lo que significa (la proclamación y defensa de unos derechos humanos universales) que por lo que es (un documento con valor inicialmente testimonial, y en la actualidad jurídicamente obligatorio como parte del Derecho internacional consuetudinario). Voy a afrontar la cuestión de si hay derechos humanos absolutos prescindiendo de lo que al respecto digan los textos jurídicos³. Me ocuparé sólo de lo que —desde

³ Sobre las características técnicas de la *Declaración* me limitaré a reproducir un comentario de John Finnis del que ya me hice eco en mi artículo «El iusnaturalismo de John Finnis» [*Anuario de Filosofía del Derecho* 10 (1993), pp. 375-406], y que tiene interés en el tema que me ocupa. Se trata de su interpretación de por qué los artículos de la *Declaración* emplean dos formas principales de redacción: *a*) «Toda persona [individuo, ser humano...] tiene derecho a...» (v.gr. igual protección ante la ley, art. 7); y *b*) «Nadie será...» (v.gr. sometido a torturas, art. 5). Finnis sugiere que la segunda fórmula no define derechos, sino que impone exigencias negativas, por lo que podrían no serle aplicables las limitaciones al ejercicio de los derechos permitidas por el artículo 29 de la *Declaración* (las «establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática»). De este modo, sólo los artículos con la redacción (*b*) estarían reconociendo derechos absolutos [J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980, pp. 211-213]. Sobre el particular, ver también la nota siguiente.

mi modesto conocimiento— puede decirse al respecto filosóficamente.

En vista de la posibilidad de conflictos entre derechos, sólo son estrictamente absolutos (antes de su delimitación completa) a lo sumo unos pocos y exclusivos de entre ellos. Sólo los del mayor rango, aquéllos que prevalecen sobre todos los demás. Sin embargo hay un sentido menos riguroso en el que todos los derechos humanos podrían ser calificados de *absolutos*: desplazan a las consideraciones morales distintas de los propios derechos humanos. Esta acepción da cuenta de una característica definitoria de los mismos, por lo que me parece adecuado adoptarla. Los derechos humanos son absolutos —o eso creo— en el sentido de que ninguna razón de utilidad social que no venga amparada por derechos de al menos igual rango puede servir de excusa para que no cumpla el deber correlativo quien esté sujeto a él. Esta idea hay que enmarcarla en el contexto de la delimitación de los derechos, pero en síntesis viene a decir que los derechos humanos son absolutos en su conjunto y frente a los intereses que no están salvaguardados por ellos⁴. Siendo así, por excepciones a los derechos «absolutos» habrá que entender las circunstancias que pueden servir de excusa para incumplirlos pero no consisten en derechos prevalentes.

Pero si los derechos humanos son efectivamente absolutos en cuanto que sólo alegando otros derechos de su mismo o superior rango pueden incumplirse justificadamente, entonces sólo hay dos razones suficientes para desatender un supuesto derecho humano y atender en cambio a motivaciones morales de otro tipo. Primero, que lo que se desatiende no sea de verdad un derecho humano, porque no tiene el peso suficiente para serlo (o en otras palabras,

⁴ En *La razón de los derechos* cit., p. 69 nota 96, discuto la posibilidad de que no sean realmente «derechos humanos», por no ser absolutos tampoco frente a consideraciones ajenas a ellos, los derechos reconocidos en declaraciones o tratados de derechos humanos que consideran límites admisibles criterios tales como «las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática» (art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aplicable genéricamente). En mi opinión tales cláusulas pueden leerse no como límites a los derechos, sino como elementos de su configuración. De manera que, por ejemplo, el derecho a la vida privada que se reconoce es sólo aquél que no atente contra el bienestar general. Pero dicho derecho, así delimitado, es absoluto respecto de otros bienes o fines no especificados, como la curiosidad pública. Quiero aclarar ahora que esa discusión se refiere al punto de vista jurídico de los derechos humanos (en cuanto que recogidos por el Derecho positivo), más que al punto de vista moral. En mi opinión, los derechos humanos pueden ser absolutos desde el punto de vista moral con independencia de cómo sea articulada su defensa en los textos jurídicos.

porque no está adecuadamente configurado). Un ejemplo pudiera ser el derecho a vacaciones periódicas pagadas, reconocido en el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Segundo, que no haya derechos absolutos, de forma que también los deberes hacia los derechos humanos están subordinados a otros deberes más imperiosos. Esta negación ha de fundarse en una teoría moral que no admita la justificación de respetar ciertos derechos con independencia de cualquier otra consideración. Un ejemplo de dicha teoría es –me parece– el consecuencialismo, y más en concreto el utilitarismo. Esta segunda razón es la que quiero examinar aquí.

2. DERECHOS ABSOLUTOS Y DILEMAS MORALES

Algunos filósofos morales y filósofos del Derecho han defendido expresamente la existencia de derechos absolutos, y han sugerido ejemplos de ellos. Uno de los más citados es el derecho a no ser torturado, que a mí mismo me parece un candidato muy plausible. Hay que hacer un gran esfuerzo –y vencer una gran repugnancia– para pensar excepciones que puedan dejar sin efecto el derecho a no ser torturado. Por eso lo he escogido como punto de referencia para analizar el tema que me ocupa. Para ilustrar la defensa del carácter absoluto de éste y otros derechos, recordaré un par de estrategias de razonamiento moral que llegan explícitamente a esa conclusión. Por lo demás, la noción de derechos y deberes absolutos está arraigada en nuestra cultura, en parte heredada de la doctrina cristiana. No es de extrañar que hoy en día sea la teología católica el lugar donde con más énfasis se defiende dicho carácter absoluto para ciertos deberes y prohibiciones morales⁵.

⁵ En la Encíclica *Veritatis Splendor* (1993), tras rechazarse firmemente las éticas teleológicas en nombre de la teología, se dice (§ 80): «sin negar en absoluto el influjo que sobre la moralidad tienen las circunstancias y, sobre todo, las intenciones, la Iglesia enseña que “existen actos que, por sí y en sí mismos, independientemente de las circunstancias, son siempre gravemente ilícitos por razón de su objeto” [Exhort. ap. post-sinodal *Reconciliatio et paenitentia* (2 diciembre 1984), 17: AAS 77 (1985), 221]. El mismo Concilio Vaticano II, en el marco del respeto debido a la persona humana, ofrece una amplia ejemplificación de tales actos: “Todo lo que se opone a la vida, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la eutanasia y el mismo suicidio voluntario; todo lo que viola la integridad de la persona humana, como las mutilaciones, las torturas corporales y mentales, incluso los intentos de coacción psicológica; todo lo que ofende a la dignidad humana, como las condiciones infrahumanas de vida, los

Alan Gewirth se apoya en la justificación previa de un principio moral supremo —el *Principio de Consistencia Genérica*, según el cual todo agente debe actuar en conformidad con los derechos genéricos de sus receptores al igual que con los suyos propios⁶— para sostener que está prohibido usar a cualquier persona meramente como un medio para el bienestar de otras personas. De ahí que, por ejemplo, el derecho de una madre a no ser torturada hasta la muerte por su propio hijo sea un derecho absoluto, con el que no caben componendas, incluso en el caso de que si el hijo se niega a torturar a la madre unos terroristas harán explotar una bomba nuclear en una gran ciudad⁷. Esta respuesta no implica —aclara Gewirth— indiferencia o impasividad hacia quienes (supuestamente) morirán en el ataque nuclear: sólo es cuestión de prioridades. Por lo demás, quien se niega a torturar a su propia madre no está violando los derechos de quienes pueden morir como resultado, porque no es responsable de sus muertes: los responsables son los terroristas, cuya intervención activa es la condición suficiente de que ocurran dichas muertes⁸. Y carecería de justificación violar el derecho a la vida de la madre para proteger los parejos derechos a la vida de los muchos habitantes de la ciudad, de modo que éstos no tienen un derecho a que la madre sea torturada en su beneficio. Lo que importa —concluye Gewirth— es tener presentes las consecuencias pero sin violar los derechos básicos de las personas. Por eso la misma conclusión sería aplicable al derecho de cualquier persona inocente a no ser torturado hasta la muerte, y más en general al derecho de todas las perso-

encarcelamientos arbitrarios, las deportaciones, la esclavitud, la prostitución, la trata de blancas y de jóvenes; también las condiciones ignominiosas de trabajo en las que los obreros son tratados como meros instrumentos de lucro, no como personas libres y responsables; todas estas cosas y otras semejantes son ciertamente oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonoran más a quienes los practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al Creador” [Const. past. sobre la Iglesia en el mundo actual *Gaudium et spes*, 27]».

⁶ A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

⁷ A. Gewirth, «Are There Any Absolute Rights?» [1981], en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 91-109; p. 99.

⁸ Gewirth, «Are There Any Absolute Rights?» cit., p. 102. Por eso —apunta— quien así argumenta no justifica la muerte de las víctimas del ataque nuclear, y puede sostener al mismo tiempo que los derechos a la vida de esas personas son también absolutos. Por el contrario —añade—, el rechazo de la tortura en el caso planteado no puede basarse, por sí solo, ni en la distinción entre intención directa y oblicua, ni en la distinción entre matar y dejar morir, ni en la distinción entre respetar a las demás personas y evitar las malas consecuencias.

nas inocentes «a no ser víctimas intencionadas de un proyecto homicida»⁹.

John Finnis deduce la existencia de derechos absolutos de la existencia de unos bienes básicos que es irracional —o, más bien *irrazonable*— perjudicar directamente. Puesto que hay deberes absolutos hacia dichos bienes, los derechos subjetivos correlativos son también absolutos: nunca pueden limitarse justificadamente. Como tales menciona, «de modo más obvio, el derecho a que la propia vida no sea tratada directamente como un medio para un fin ulterior; pero también el derecho a no ser mentido intencionadamente en cualquier situación (como la enseñanza, la predicación, la publicación de investigaciones, la difusión de noticias) en la cual es razonable esperar una comunicación de hechos (en contraste con la ficción, la broma o la poesía); y el derecho conexo a no ser condenado con base en acusaciones conocidamente falsas; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse a uno mismo, de la capacidad procreadora; y el derecho a ser tomado en consideración respetuosa en cualquier valoración de lo exigido por el bien común»¹⁰.

No voy a entrar a juzgar las virtudes o defectos de los argumentos resumidos arriba. Baste tenerlos en cuenta para comprender que la noción de derechos absolutos no es absurda o gratuita. Por lo demás, creo no equivocarme en que está muy extendida la intuición de que tales derechos absolutos existen, lo cual justificaría de por sí el esfuerzo de aclarar y discutir esa idea. Así pues, en la discusión que sigue presupongo el reconocimiento de que ciertos intereses básicos de las personas están protegidos por derechos que suele ser moralmente obligatorio respetar en todo caso, derechos que normalmente calificaríamos como *absolutos* frente a consideraciones morales de otro tipo¹¹. La pregunta ahora es: ¿está alguna vez justificado atentar contra tales derechos? Esto es, ¿está alguna vez justificado incumplir el deber supuestamente inexcusable que uno tiene hacia ciertos derechos ajenos?, ¿hay excepciones a este deber?

⁹ Gewirth, «Are There Any Absolute Rights?» cit., p. 108. En el artículo se aclara brevemente el significado de los términos de este derecho absoluto.

¹⁰ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* cit., p. 225. Cfr. J. Finnis, J. Boyle, G. Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 287.

¹¹ La justificación de esa presuposición (esto es, la fundamentación de los derechos humanos) la estudio y defiendo en *La razón de los derechos* cit.

La cuestión de si existen derechos absolutos se muestra con mayor claridad en los dilemas morales, donde hay que dilucidar cuál de dos o más conductas alternativas excluyentes es mejor, siendo el caso que todas ellas tienen una justificación plausible. En los dilemas morales que involucran derechos supuestamente absolutos, se trata de elegir entre respetar estos derechos o por el contrario atender a alguna otra razón relevante. Siempre dejando aparte entre tales razones los *límites* que configuran los derechos, los cuales prevalecen por definición (pues el derecho deja de existir más allá de tales límites). Las razones que se oponen a esos derechos supuestamente absolutos, y dan lugar a dilemas, son básicamente dos. Por un lado, maximizar tales derechos, o minimizar el daño a tales derechos. Por otro lado, maximizar algún bien más importante que el protegido por tales derechos, o minimizar el daño a ese bien. Ambas razones son motivo de debate entre las teorías morales consecuencialistas y sus detractores. Las analizaré por separado en los dos apartados que siguen, antes de verlas actuar en el dilema de la tortura.

3. LA MINIMIZACIÓN DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS

La primera de las dos principales alegaciones contra la pretensión de hacer valer derechos absolutos —la primera «excepción» a los derechos absolutos, diríamos— es que a veces está justificado violar un derecho para evitar la violación de un número mayor de derechos iguales. Nótese que esta alegación se basa en la diferencia cuantitativa, no cualitativa. Si los derechos en conflicto tuvieran diferente importancia cualitativa, los más débiles no podrían ser absolutos, pues su eficacia estaría lógicamente subordinada al respeto de los derechos más importantes. Por ejemplo, si una persona amenaza con matar a otra para vengarse de un insulto, no hay dilema entre si debe respetarse el derecho a la vida de ésta o la libertad de movimientos de aquélla. Los derechos superiores condicionan el contenido de los inferiores e impiden que éstos sean absolutos (salvo en cuanto exhaustivamente delimitados). Tampoco hay dilema cuando lo que se enfrenta es un derecho ajeno y un derecho propio de igual rango. Mi deber correlativo al derecho ajeno no puede consistir en renunciar a mi derecho idéntico. De la lógica de los derechos se desprende que está justificado actuar en defensa propia cuando se enfrentan dos derechos iguales.

Lo peculiar del argumento que consideramos es que sugiere que es relevante no sólo la importancia intrínseca de los derechos

en conflicto, sino también la cantidad de los que están amenazados. Hay un ejemplo muy citado de Bernard Williams que permite visualizar el dilema en el que se enfrentan derechos absolutos. Se trata del caso de Jim, recién llegado a un pueblo de Sudamérica donde para reprimir una protesta popular van a ser fusilados veinte indios elegidos por sorteo. El capitán del pelotón de fusilamiento invita a Jim a escoger y matar él mismo a uno de los indios, con la promesa de que si lo hace liberará al resto. Los indios parecen pedirle que acepte, pues así por lo menos diecinueve de ellos se salvarán¹². A primera vista se trata de un dilema donde hay que decidir entre el respeto absoluto a un derecho o la obtención de mejores consecuencias (de hecho, así fue planteado). Pero también se ha querido ver un dilema entre el respeto absoluto a un derecho o el respeto de las personas. Veamos ambos enfoques.

3.1. *Utilitarismo de los derechos*. El caso puede verse como un conflicto entre, de un lado, el deber de respetar el derecho a la vida de todos y cada uno de los indios, y, de otro lado, el deber de procurar las mejores consecuencias de nuestras acciones, o el deber de maximizar la utilidad. Visto así, el dilema existe porque se duda si todos los indios tienen un derecho a la vida que Jim no debe violar de ninguna manera, o si más bien está justificado que Jim sacrifique a uno de los indios porque las consecuencias son mejores o la utilidad mayor. Y las consecuencias pueden ser mejores ya sea porque se protegen mejor los derechos, ya sea porque así se persigue mejor un bien más importante que el servido por el derecho. He aplazado para el siguiente apartado el examen de la segunda versión —la que subordina la protección de los derechos a la consecución de un bien más valioso que el protegido por ellos—, que me parece más sólida. Me ocuparé ahora de las objeciones a la primera versión, la que subordina la protección de los derechos a la protección de un número de derechos mayor.

El problema que tenemos frente a nosotros es cómo resolver los casos en que atentar contra los derechos de uno(s) evita un atentado más grave contra los mismos derechos de otros. La respuesta que primero se nos viene a la mente es que han de prevalecer

¹² B. Williams, «A Critique of Utilitarianism», en J.C. Smart y B. Williams, *Utilitarianism for and against*, Cambridge: Cambridge University Press, 1973, pp. 96-117; p. 110. Williams se muestra partidario de la solución utilitarista obvia —Jim debe matar al indio—, pero rechaza las razones por las que al utilitarismo le parece obvia. Williams cree que el utilitarismo no tiene en cuenta la importancia de la integridad de los agentes, pues les exige buscar la utilidad pasando por alto sus propios compromisos vitales.

los derechos más numerosos sencillamente porque son más. Pero este «utilitarismo de los derechos» o «minimización de las violaciones» de los derechos —como lo ha llamado Robert Nozick¹³— es insatisfactorio, porque desconoce completamente el valor de los derechos como restricciones morales a lo que uno puede hacer, y a lo que los demás le pueden hacer a uno. Las personas tienen un valor intrínseco y no pueden ser sacrificadas para conseguir fines valiosos para otras personas. Las personas deben ser tratadas con respeto y no como medios para fines ajenos. Por eso parece descabellado justificar, por ejemplo, que en un hospital se mate a un paciente para repartir sus órganos entre cuatro personas que los necesitan para sobrevivir, pese a que los derechos a la vida de esas cuatro personas son más numerosos que el derecho a la vida de la víctima potencial.

Nozick propone ver los derechos no tanto como parte de un estado de cosas deseable, el cual debe ser maximizado, sino como restricciones a lo que uno puede hacer cuando persigue los fines que considera deseables. Los derechos representan *restricciones laterales* (o *indirectas*) a nuestras acciones, que no vienen impuestas como objetivo en sí mismas (de otro modo sí sería correcto maximizar su respeto), sino para evitar que los individuos sean sacrificados o usados sin su consentimiento para lograr fines ajenos a ellos. Aunque Nozick elude expresamente la cuestión de si esas restricciones son absolutas, o si por el contrario pueden ser violadas para evitar «horrores morales catastróficos»¹⁴, su argumentación es importante porque explica la causa de que puedan imponerse restricciones a la persecución del interés general o a la minimización de las violaciones de derechos. La causa es que no hay nada por encima de los individuos por lo que éstos deban sacrificar sus intereses básicos. Según indica, «no hay una *entidad social* con un bien, la cual soporte [justifique] un sacrificio por su propio beneficio. Hay sólo personas individuales, diferentes personas individuales, con sus propias vidas individuales. Usar a uno de estos individuos en beneficio de otros es usarlo a él y beneficiar a otros. (...) Usar a una persona en esta forma no respeta, no toma en cuenta suficientemente, el hecho de que es una persona separada, que ésta es la única vida que tiene»¹⁵.

¹³ R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía* [1974], trad. de R. Tamayo, México: FCE, 1988, p. 40.

¹⁴ Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía* cit., p. 42 nota.

¹⁵ Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, cit., pp. 44-45. Como es sabido, se trata del mismo argumento que John Rawls empleó para criticar el utilitarismo:

Sin embargo, tal vez el utilitarismo de los derechos no pueda despacharse simplemente reprochándole que no respeta suficientemente a las personas. El principio de la inviolabilidad de las personas, que prohíbe que los derechos de uno sean violados para minimizar las violaciones de los derechos de terceros, podría ser un principio demasiado riguroso. En un plano intuitivo, muchos pensarán que se respeta mejor a las personas respetando los derechos (y salvando las vidas) de diecinueve de ellas que de una sola. Recogiendo esta intuición, se ha argumentado que tal vez sea preferible un sistema moral que promueva o garantice otros componentes de la dignidad además de la inviolabilidad de las personas; un sistema moral más sofisticado que sí podría permitir la minimización de las violaciones¹⁶. Por lo demás, también ha sido puesto de relieve que, en un plano formal, el utilitarismo respeta escrupulosamente a las personas porque a todas ellas las tiene en cuenta por igual al identificar y perseguir la utilidad¹⁷. En suma, la defensa del mayor número de derechos frente al menor número parecería reclamada por la racionalidad además de por el principio de utilidad.

Pese a la fuerza indudable del utilitarismo de los derechos, entiendo que no responde correctamente a las implicaciones que cabe extraer del fundamento de tales derechos. Porque o bien los justificamos con un fundamento utilitarista, o bien con uno no uti-

«no toma en serio la distinción entre las personas» [*A Theory of Justice* (1971), Oxford: Oxford University Press, 1972, p. 27]. Según Rawls, «en una sociedad justa las libertades básicas se dan por supuestas y los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a la negociación política o al cálculo de los intereses sociales» [ibidem, p. 28].

¹⁶ K. Lippert-Rasmussen, «Moral Status and the Impermissibility of Minimizing Violations», *Philosophy & Public Affairs* 25/4 (1996), pp. 333-351; p. 340. Según este artículo, tampoco se evitaría la plausibilidad moral de la minimización de las violaciones de derechos si en lugar de la inviolabilidad de las personas —que prohíbe dañarlas—, subrayásemos su «imprescindibilidad» [*unignorability*] —que prohíbe permitir que sean dañadas—, o su «independencia» —que prohíbe minimizar las violaciones—. En este último caso porque —entre otras razones que aduce— al potenciar la «independencia» se resiente otro componente relevante del estatuto moral de la persona: el ser «insacrificable», noción que el autor define en términos peculiares que no creo oportuno traer aquí. Sólo observaré que contrapone la prohibición de «sacrificar» las personas con la prohibición de dañarlas para minimizar los daños a terceros, cuando desde muchos puntos de vista son prohibiciones interdependientes.

¹⁷ R.M. Hare, *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point*, Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 154 ss.; y «Rights, Utility, and Universalization. Reply to J.L. Mackie», en R.G. Frey (ed.), *Utility and Rights*, Oxford: Basil Blackwell, pp. 106-120.

litarista. En el primer caso, los derechos se fundamentan por su contribución a la utilidad. Por tanto, la implicación habrá de ser que lo importante no es tanto el número de derechos satisfechos como el volumen de utilidad satisfecho. En otras palabras, más que los derechos y su defensa importan los fines que con ellos se consiguen. Este planteamiento es el que discutiré en la sección siguiente, y tiene sus propios problemas. Pero no hay aquí realmente un utilitarismo *de derechos*, sino un utilitarismo a secas. Y esta conclusión no se evita —aunque sí se matiza— invocando la posibilidad de justificar, con el principio de utilidad, *reglas de derechos*. Porque la propia justificación de la regla exige que sea abandonada cuando su seguimiento sea peor para la consecución de la utilidad. Esta posibilidad puede ser todo lo remota que se quiera, pero es inevitable. Volveré sobre esto luego. En cambio, en el segundo caso, si justificamos los derechos con fundamento no utilitarista, parte del sentido de los derechos será que el individuo pueda hacer valer sus intereses frente a los demás. La implicación de esto habrá de ser que lo importante es respetar los derechos en cada persona, y no maximizarlos. Si no se respetan los derechos de uno no se respetan los derechos, aunque se tengan los derechos de otros en mente.

Por otra parte, el utilitarismo no respeta los derechos, ni las personas, en la medida exigida por otras teorías morales que tienen, como mínimo, su mismo fundamento y atractivo. El utilitarismo de los derechos no desmerece por ello para quienes consideran la utilidad como el bien a perseguir, pero sí para quienes consideren los derechos humanos no tanto como un bien a perseguir y maximizar, sino más bien como un umbral protector que no debe ser sobrepasado. Es cierto que en ocasiones el utilitarismo de los derechos pudiera ser consistente con el respeto de los derechos humanos como umbrales éticos y jurídicos. Allí donde la única diferencia entre una actuación y otra es el número de derechos satisfechos, el criterio cuantitativo aparece como un criterio racional de decisión. (Pensemos, por ejemplo, que debo arrojar un único flotador o bien a una persona que lo precisa o bien a un grupo de tres personas en las mismas circunstancias). Pero en otras ocasiones el utilitarismo de los derechos entra en conflicto con el respeto de los derechos humanos como umbrales.

Por mucho que como componente del respeto debido a las personas potenciemos otros valores además de su inviolabilidad —por ejemplo, el ver computados sus intereses como parte del interés general que debe ser perseguido—, no mostraremos un respeto pleno por ellas a no ser que tomemos en serio algunos de sus dere-

chos como umbrales (o «triumfos»). No basta con tener en cuenta sus intereses como unos más entre tantos otros: hay que tenerlos en cuenta porque tienen valor frente a tantos otros. Es por esta razón que repugna la posibilidad de matar a una persona para repartir sus órganos vitales y lograr así la supervivencia de otras cuatro personas.

Pese a todo, insisto en que el utilitarismo de los derechos no puede descartarse como teoría ética debido a los escrúpulos morales apuntados, o a otros semejantes. Dejemos aparte que probablemente un utilitarista cuidadoso pueda negar justificación al macabro reparto de órganos que referí (por ejemplo, aduciendo que los derechos a la vida del donante forzoso y de sus beneficiarios no son equivalentes). Es que además hay que admitir que el objetivo de minimizar las violaciones de derechos (y el de maximizar el bienestar, por otro lado) es un buen argumento para rechazar tanto la existencia de derechos absolutos como la concepción de los derechos humanos como umbrales morales. Quienes preferimos esta última concepción objetamos el carácter «irrespetuoso» del utilitarismo para con los individuos en cuanto tales, pero difícilmente podremos demostrar que es más correcto respetar a una persona que salvar muchas otras. La diferente percepción moral que está en cuestión puede apreciarse con otro ejemplo. Imaginemos que un vagón incontrolado va a arrollar a cinco trabajadores a no ser que sea desviado a otra vía, en cuyo caso arrollará a un único trabajador¹⁸. En mi opinión no está justificado desviar el vagón, pero entiendo que hay razones de peso para sostener lo contrario.

3.2. *Sacrificio de los derechos por respeto a las personas.* El dilema que se le plantea a Jim ante los indios ha sido visto también como un conflicto entre, de un lado, el deber de respetar el derecho a la vida de todos y cada uno de los indios, y, de otro lado, el

¹⁸ El ejemplo lo tomo de J.J. Thomson, *The Realm of Rights*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1990, p. 176. Ella lo adapta a su vez de un artículo de Ph. Foot. Con sucesivas reelaboraciones del supuesto, Thomson analiza el significado de los derechos. Por ejemplo, es relevante si los trabajadores conocían el riesgo de trabajar en la vía o, por el contrario, tenían la garantía de que el vagón no pasaría por su vía. Según ella, lo que hace permisible desviar el vagón es el hecho de que «por la mañana temprano», esto es, antes de que los trabajadores supiesen su posición en la vía, era ventajoso para todos que lo desviase. Como se verá, éste es en sustancia el apoyo argumental de la propuesta que comento a continuación.

deber de respetar la persona de todos y cada uno de los indios¹⁹. Este enfoque se propone justificar las violaciones de derechos sin acudir al consecuencialismo, sino por el contrario respetando las personas como fines en sí mismas. La idea es que cuando no violar un derecho de una persona provoca o bien mayores violaciones de ese derecho, o bien esa misma violación junto con otras añadidas, entonces violar ese derecho es respetar las personas, pues éstas consentirían la violación si el caso se les planteara *ex ante* (esto es, antes de saber cuál de ellos será la víctima). El objetivo de las restricciones morales y los derechos —se nos dice, con razón— es proteger las personas, no las restricciones mismas. Por eso cuando entran en conflicto un derecho de una persona y el respeto que se le debe a una persona como fin en sí misma, este último respeto debe prevalecer. Pues bien —continúa el razonamiento—, hay casos en que las restricciones morales (los derechos) son autofrustrantes o autodestructivas, pues respetarlas conlleva no respetar las personas que supuestamente protegen. Tales casos son al menos de dos tipos:²⁰

α) Cuando no atentar contra un objetivo —derecho(s) o persona(s)— conlleva una mayor violación de ese mismo objetivo. Supongamos —se nos pide— que un ejército vaya a llevar a cabo un ata-

¹⁹ A.I. Applbaum, «Are Violations of Rights Ever Right?», *Ethics* 198 (1998), pp. 340-366.

²⁰ En su ensayo citado, Applbaum desarrolla con ejemplos la posibilidad de combinar los cuatro tipos de dilemas entre el respeto a unas u otras personas o derechos (cuando los atentados de A contra la persona o el derecho de B son menos graves que los atentados de A' contra la persona o el derecho de B') con las nueve posibles relaciones entre agentes y víctimas (identidad, inclusión o exclusión de A con A' y de B con B'). Como resultado surgen treinta y seis situaciones —él dice veintiocho (p. 347)— posibles.

Tal vez la argumentación de Applbaum permita conciliar la existencia de un derecho *absoluto* a ser tratado con igual consideración y respeto, con la justificación de que Jim escoja y mate a uno de los indios. Se disolvería así la contraposición con la que trato de resolver el dilema de Jim en mi libro *La razón de los derechos* cit., pp. 295-298, esp. nota 101, donde lo discuto de pasada al hilo de su recepción por Martin D. Farrell (*Utilitarismo: Ética y Política*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 362). Allí sugiero que Jim debe respetar los derechos de *cada* indio y no puede dar preferencia a los derechos de unos frente a los de otros(s), y que «una teoría de los derechos adecuada distinguiría entre el derecho fundamental y absoluto a igual consideración y respeto, y otros derechos y libertades básicos que en su mayor parte son *prima facie* (...)». Pero el razonamiento de Applbaum sólo sirve, a lo sumo, en el caso de que la víctima fuese a morir de todos modos, como plantea Williams, y no en el caso —que yo me planteaba en el libro— en que sólo fuese una víctima propiciatoria sacrificada para que otros no muriesen.

que justificado contra objetivos militares, el cual implicará la muerte colateral de un alto número de civiles que desconocen el peligro que corren. Estos civiles tienen un derecho supuestamente absoluto a no ser atacados directamente, pero tal vez sólo abrir fuego directo contra ellos podría ahuyentarlos de la zona y evitar una masacre. En este supuesto –se sugiere–, respetar el derecho de los civiles conllevaría una mayor violación de sus derechos y de sus personas, de modo que está justificado violar aquel derecho, que no es por tanto absoluto.

b) Cuando no atentar contra un derecho no evita que éste sea violado, y además conlleva más violaciones de derechos ajenos. Así sucede –se nos dice– en el dilema de Jim. En ese caso, respetar el derecho a la vida de cada indio no evitaría que fuese violado, y además conllevaría la violación de otros derechos a la vida. Por eso está justificado que Jim mate a un indio, porque es el único modo de respetar las personas de todos ellos.

Este punto de vista insiste en que el respeto a las personas exige tener en cuenta no tanto sus derechos, sino más bien las personas mismas y sus intereses. Y en cualquiera de los casos referidos –se alega– las víctimas potenciales consentirían *ex ante* en la violación de los derechos. Con este presupuesto se pretende justificar la violación de derechos supuestamente absolutos sin recurrir al «utilitarismo de los derechos», para evitar así dos reproches. Primero, que al violar el derecho de uno para satisfacer los de otros se está tratando a las personas como medios y no como se merecen. Segundo, que al violar el derecho de uno para minimizar las violaciones de derechos se incurre en contradicción, pues violar los derechos no es modo de respetarlos²¹.

Sin duda el argumento tiene atractivo; y además responde a nuestra predisposición hacia un razonamiento que permite salvar la vida de muchas personas sin atentar contra ninguna otra. Pero tal vez el enfoque apuntado no sea tan respetuoso con las personas como pretende ser. Si bien en el dilema de Jim la respuesta a que se llega es para muchos intuitivamente correcta (sobre todo si

²¹ Así lo argumenta F.M. Kamm, «Harming Some to Save Others», *Philosophical Studies* 57 (1989), pp. 227-260. Según ella, «un sistema moral que permite la minimización de las violaciones de un cierto derecho mediante la transgresión de ese mismo derecho elimina esencialmente ese derecho del sistema, y por tanto sería fútil como medio de mostrar respeto por los derechos: sería un “futilitarismo” de los derechos» (citada por Applbaum, «Are Violations...» cit., p. 344). Kamm se refiere a derechos *especificados*, que vienen a ser derechos propiamente delimitados.

los propios indios piden a Jim que acepte la oferta), en el caso del ataque deliberado a civiles la coincidencia creo que ya no sería tan grande. Y hay otros casos en los que creo que el rechazo a las implicaciones de ese argumento sería general. Pensemos, por ejemplo, en el caso del hospital con varios pacientes con necesidad de un trasplante de órganos para sobrevivir. Según el argumento apuntado estaría justificado matar a uno de ellos para salvar a los otros, pues se supone que la víctima consentiría *ex ante* con ese sacrificio; al menos no hay razón para suponer lo contrario si nos atenemos a los ejemplos vistos²². Sin embargo creo difícil que esta solución fuese aceptada como moralmente correcta.

Es cierto que los argumentos no se refutan poniendo de relieve sus implicaciones contraintuitivas, pero me parece que el argumento que considero contaba como mejor respaldo precisamente dar forma racional a las intuiciones. Tal vez el respeto de las personas exija, al fin y al cabo, el respeto absoluto de algunos de sus derechos, sin que esté nunca justificado violarlos con base en lo que tales personas deberían consentir desde un punto de vista racional. Tal vez lo que esto quiera decir no es sino que ciertos derechos son inalienables, en el sentido de que ni siquiera su titular puede renunciar a ellos.

En todo caso, aunque fuese cierto que está justificado violar un derecho supuestamente absoluto allí donde respetarlo conlleva esa misma violación incrementada o suplementada, esto no resuelve del todo el problema de si hay derechos absolutos. Pues hay casos donde la violación del derecho supuestamente absoluto puede evitarse, y el dilema está entonces entre respetar ese derecho o salvaguardar otros derechos distintos. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la tortura que podría evitar una masacre en otro lugar. Sobre esto volveré más adelante, pero está claro que el dilema no puede resolverse sosteniendo que respetar el derecho del

²² J.J. Thomson utiliza precisamente el criterio del consentimiento *ex ante* para diferenciar el caso del vagón (ver nota 18) del caso del trasplante. Pero en el ejemplo de Thomson, el trasplante se efectúa con órganos de un joven sano. En este caso sí habría que coincidir con su observación de que si el cirujano «nos hubiese reunido antes de que se plantease la situación del trasplante y nos preguntase si deseábamos que hiciese lo siguiente: cortar a uno que esté sano si y cuando haya cinco que necesiten partes y no haya otro medio de proporcionarles las partes que cortando a ese uno, ¿hubiésemos consentido que hiciera esto? Estoy segura de que no» [*The Realm of Rights* cit., p. 183]. En mi ejemplo, en cambio, el trasplante se efectuaría utilizando a una persona necesitada ella misma de trasplante para sobrevivir.

terrorista a no ser torturado es autofrustrante e implica no respetar su propia persona.

4. DERECHOS ABSOLUTOS Y CÁLCULO DE UTILIDAD

La segunda de las alegaciones más poderosas contra la pretensión de hacer valer derechos absolutos –la segunda «excepción» a los derechos absolutos, entonces– es que a veces está justificado violar un derecho supuestamente absoluto para asegurar un bien más importante que el que aquél protege. Si llamamos a ese bien supremo «utilidad» nos encontraremos con la teoría utilitarista, que no en vano suele considerarse el principal adversario de la teoría de los derechos, en particular en lo que respecta a admitir derechos absolutos. Como la noción de «utilidad» es muy versátil, creo que podremos representar en ella el grueso de los bienes alternativos que es plausible anteponer a los derechos: la mayor felicidad del mayor número de personas, el bienestar general de los seres sintientes, la más amplia satisfacción de deseos informados, o de las preferencias reales...

En este punto es necesario hacer dos matizaciones. Primero, la idea de «utilidad» podría entenderse como satisfacción del mayor número de derechos absolutos en conflicto, lo cual nos remite al «utilitarismo de los derechos» ya examinado. Y segundo, en hipótesis podría entenderse también como el respeto absoluto a ciertos derechos, o a las personas en cuanto fines en sí mismas. Podría entenderse, en efecto, que no hay nada más importante que mantener ese respeto, nada por lo que deban sacrificarse ciertos derechos o ciertas personas. En ese caso no habría diferencia apreciable entre esta teoría y la teoría de los derechos absolutos. Pero, por lo que sé, ningún utilitarista mantiene esas interpretaciones de la utilidad. Más bien lo peculiar del utilitarismo, y lo que atrae a sus seguidores, es su rechazo de las afirmaciones abstractas y dogmáticas sobre el contenido de los deberes morales. La única afirmación de tipo dogmático que se permiten es la definición del principio de utilidad, que describe el fin moral último que debe ser perseguido. Y en éste no figuran los derechos, sino objetivos humanos menos polémicos, como la felicidad o el bienestar. En mi opinión, una teoría según la cual el deber moral es siempre el respeto de ciertos derechos, no es una teoría utilitarista. Luego me referiré a la obra de John Stuart Mill como caso sintomático a caballo entre la afirmación de derechos absolutos y la subordina-

ción del respeto de los derechos a la consecución de la felicidad del mayor número.

Los derechos aparecen en muchas versiones del utilitarismo, pero lo hacen como objetivo secundario: debe perseguirse su respeto porque así se logra el objetivo principal. El respeto de los derechos es, así, un deber ordenado por reglas cuya justificación estriba en que son útiles para lograr un bien superior. Es ésta una teoría poderosa y difícil de rebatir, pero que exige sostener, por coherencia, que no hay derechos absolutos. En efecto, ha de admitir que todos los candidatos pueden ser justificadamente violados, llegado el caso, si con ello se satisface mejor el bien que les sirve a los propios derechos de justificación. Así lo admite, por ejemplo, Richard Hare, en la que considero una de las exposiciones más lúcidas sobre el lugar de los derechos humanos desde la perspectiva utilitarista. Para Hare, el respeto a los principios que garantizan derechos viene obligado, y en su caso corregido, por un nivel crítico del pensamiento moral que los evalúa «sobre la base de que son el conjunto de principios cuya aceptación general en la sociedad en cuestión será lo mejor, en conjunto, para los intereses de las personas en la sociedad considerados imparcialmente»²³. Según esto, si conviene a tales intereses la violación de un derecho, así deberá hacerse.

La perspectiva utilitarista, así entendida, tiene la virtud de resolver algunos dilemas de modo para muchos satisfactorio. Por ejemplo, da a Jim un argumento para aceptar el trato que se le propone, si es que cree que aceptándolo sirve mejor en conjunto los intereses de todos. Pero, viceversa, tiene el inconveniente de que resuelve otros dilemas de modo para muchos indeseable. Por ejemplo, daría un argumento para linchar a un inocente si con ello se impide un altercado que producirá más víctimas inocentes, y si no hay daños colaterales que puedan anular la ganancia global en los intereses de todos. De cualquier modo, las ventajas o inconvenientes intuitivos que pueda presentar la réplica utilitarista a la noción de derechos absolutos, ni la confirman ni la invalidan. Además hay determinados dilemas en los cuales no puede decirse que haya una respuesta intuitiva más o menos generalizada. Precisa-

²³ R.M. Hare, *Moral Thinking* cit., p. 156. Es cierto que Hare complementa esta tesis con la disponibilidad a aceptar el carácter absoluto del derecho a igual consideración y respeto (*op. cit.*, p. 154), pero entiende éste de un modo exclusivamente formal (ver nota 20), que no impide sacrificar los derechos de una persona para satisfacer los intereses de otras: sólo requiere que todos los intereses en juego sean computados por igual.

mente querríamos que la teoría moral diese una solución a estos dilemas, en lugar de utilizar su solución intuitiva como prueba de la corrección de la teoría. Uno de estos dilemas es, a mi juicio, el que he emplazado para un próximo apartado: la tortura con el fin de salvar vidas inocentes.

La perspectiva utilitarista es poderosa y difícil de refutar, dije hace un momento, aunque implique la inexistencia de derechos absolutos. Es poderosa porque justifica buena parte de las intuiciones más extendidas, porque proporciona una respuesta consistente a múltiples problemas morales, y porque cuenta con apoyos notables en los estudios sobre el comportamiento humano, tanto racional como instintivo. Y es difícil de refutar, porque es lo suficientemente versátil como para no admitir prueba en contrario. Quien acepta el principio de utilidad como criterio normativo de conducta puede dar a la «utilidad» el contenido preciso para afrontar casi cualquier objeción. Puede hacer que su doctrina sea tautológica (útil es lo deseable), o puede adaptarla al interlocutor o a su sociedad según lo que ellos crean que merece ser perseguido (útil es la felicidad, la comunión con la divinidad, el respeto de los derechos humanos...). Ante esta indefinición del utilitarismo, que puede llegar a desvirtuarlo pero que parece hacerlo invulnerable, sólo se me ocurren dos formas de oposición. Una es el escepticismo: si bien es difícil refutar el utilitarismo, éste está en dificultades mayores para fundamentarse a sí mismo frente al escéptico. La adaptabilidad al interlocutor tiene obviamente el límite de lo que el interlocutor permita. Quien se niegue a aceptar que una norma de conducta obliga a perseguir lo que merece ser perseguido no podrá ser convencido por el utilitarista, que no tiene más argumentos que la evidencia de que esa norma existe. La otra forma de oposición es presentar una teoría moral alternativa que el utilitarista reconozca como mejor. Con esta ambición se postulan las teorías deontologistas, y con esta ambición se critica al utilitarismo porque no ampara a los derechos de modo absoluto en ningún caso. No es posible mostrar que el utilitarista se equivoca —o eso es lo que creo—, pero sí es posible poner ante sí una solución más atractiva a los problemas que su doctrina resuelve.

Mencionaré un caso extremo que pone de relieve la dificultad de conciliar las posiciones utilitarista y deontologista sobre los derechos, cuando ambas son consecuentes. Se ha dicho que si aplica rigurosamente su doctrina, un utilitarista deberá afirmar que estaría justificado y obligado matar a una persona si con ello se evitasen los dolores de cabeza de un número de personas suficientemente grande; esto es, cuando la suma de la utilidad gana-

da superase la suma de la utilidad perdida. Es decir, según el utilitarismo existe un número finito de dolores de cabeza tal que es permisible matar a un inocente para evitarlos. Esta tesis puede parecer una brutalidad, y no en vano el ejemplo ha sido elaborado para desprestigiar a los utilitaristas, pero lo cierto es que ha sido defendida²⁴. Como apoyo se ha dicho que la tesis no difiere en el fondo de esta otra: la conveniencia de muchas personas justifica que no se salven unas cuantas vidas imponiendo genéricamente a los automóviles un límite máximo de velocidad inferior a 75 km/h. Entonces, si efectivamente se acepta que es moralmente permisible no rebajar el límite de velocidad, habrá que aceptar también que es moralmente permisible matar a una persona para evitar un número importante de dolores de cabeza, salvo que se encuentren diferencias entre ambas tesis que avalen una solución distinta para cada una de ellas²⁵. Haya o no fundamento para esta comparación, lo que trasluce del intento es que el utilitarismo con-

²⁴ A. Norcross, «Comparing Harms: Headaches and Human Lives», *Philosophy & Public Affairs* 26/2 (1997), pp. 135-167. La primera parte del artículo está dedicada a mostrar que un consecuencialista no puede eludir la tesis en cuestión. No puede alegar que los dolores de cabeza y la muerte son daños incomparables, pues además de socavar sus presupuestos consecuencialistas no podría justificar que sea preferible respetar la vida que evitar los dolores de cabeza. Tampoco puede alegar que ningún número de dolores de cabeza puede ser peor que la muerte prematura de un inocente, porque «peor que» —como «mejor que»— es transitivo, y es plausible que haya algún mal que sea peor que una muerte, pero que sin embargo sea mejor que n dolores de cabeza. Por ejemplo, podría pensarse que un número elevado de mutilaciones es peor que una muerte, un número mayor de piernas rotas es peor que esas mutilaciones, un número mayor de esguinces es peor que las piernas rotas, y un número todavía mayor de dolores de cabeza es peor que los esguinces. Cabría replicar que nada es peor que la muerte, pero —pregunta Norcross— ¿alguien cree de verdad que la muerte de una persona es peor que la mutilación de todos los seres sintientes? Cabría replicar que hay algún mal que es peor que cualquier número de males menores, pero —alega Norcross— esto es todavía más implausible. (Sin embargo creo que la tortura podría ser aquí un ejemplo, según se verá más adelante). Cabría, en fin, replicar que «mejor que» no es transitivo, pero —argumenta extensamente Norcross— es una afirmación difícil de sostener, y aparentemente contraria a la lógica.

²⁵ Norcross sostiene que no hay tales diferencias: «Comparing Harms...» cit., pp. 160-167. Sin embargo se le ha objetado que sí hay una diferencia relevante: las muertes debidas a los automóviles son inciertas, mientras que la muerte que contraponemos a los dolores de cabeza es cierta (y además, junto a las muertes que la mayor velocidad probablemente causa hay que contar las que probablemente evita): vid. M. Ridge, «How to Avoid Being Driven to Consequentialism: A Comment on Norcross», *Philosophy & Public Affairs* 27/1 (1998), pp. 50-58. Le sigue la réplica de Norcross, «Speed Limits, Human Lives, and Convenience: A Reply to Ridge».

temporiza con la posibilidad de sacrificar a una persona por la conveniencia de otras, lo cual es inaceptable para el deontologismo.

5. EL DERECHO A NO SER TORTURADO

El derecho que con mayor frecuencia se cita entre los que tienen carácter absoluto es, como ya dije, el derecho a no ser torturado. Incluso filósofos receptivos a la posibilidad de primar las consideraciones de utilidad por encima del respeto incondicional de los derechos se refieren a la prohibición de la tortura como un límite absoluto a tales consideraciones²⁶. Es cierto que no siempre ni en todas partes se dió la repugnancia que sentimos hoy hacia la tortura, hasta el punto de que fue considerada en algunos momentos de la historia como un medio perfectamente normal de conseguir pruebas en un proceso²⁷. Es cierto también que todavía se practica en algunos países de modo sistemático y sin aparentes escrúpulos. Pero puede decirse que hoy en día existe un amplio y fundamental rechazo de la tortura, ya como procedimiento para obtener información, como instrumento de intimidación o como castigo.

La tortura es repudiable por muchas razones, sin duda. Hay razones pragmáticas, dada su ineficacia indagatoria y probatoria: la información lograda con tortura no puede ser tenida como verdad. Hay razones políticas, debido al gran daño que causa a la legitimidad del sistema jurídico, y consiguientemente a la motivación de los ciudadanos para respetar la autoridad política. Hay razones ético-jurídicas relativas a aquella legitimidad, debido a que la tortura infligida a quien no ha sido condenado conculca principios básicos de los Estados de Derecho como la legalidad penal o la presunción de inocencia; y toda tortura supone un ataque frontal a derechos humanos que un Estado legítimo está obligado a proteger. Pero sobre todo hay razones morales, porque al atacar derechos humanos básicos, la tortura se sitúa en el terreno de las conductas inmorales.

²⁶ Así Jeremy Waldron, «Rights in Conflict», *Ethics* 99/3 (1988), pp. 503-519; p. 513.

²⁷ Sobre la terrible historia de la tortura puede consultarse, entre otros, el libro de Edward Peters, *La tortura*, trad. de N. Míguez, Madrid: Alianza, 1987. Del original *Torture* (1985) hay nueva edición de 1996.

Ahora bien, ¿puede haber situaciones en que sea preferible torturar?, ¿hay excepciones a ese alegado derecho absoluto a no ser torturado? ¿Qué ocurre si con la tortura podemos salvar varias vidas, por ejemplo? El dilema que presenta la tortura puede ser visto de dos formas, según el planteamiento que he desarrollado hasta aquí. Por un lado, como la decisión entre respetar un derecho básico (no ser torturado) o minimizar el daño a otros derechos básicos (vida, seguridad... o incluso el derecho a no ser torturado). Por otro lado, como la decisión entre respetar el interés protegido por un derecho básico (el interés en no ser torturado) o maximizar otro bien superior (la felicidad del mayor número, la supervivencia de la sociedad, el bienestar general...)²⁸.

5.1. La prohibición jurídica de la tortura.

La tortura es un crimen horrendo, que repugna a toda conciencia sana. La prohibición de la tortura es una de las implicaciones más claras de la noción de derechos humanos. No es de extrañar, por eso, que la Declaración Universal de Derechos Humanos haya sido tajante en este punto: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» (artículo 5). A partir de la DUDH varios tratados internacionales subrayaron la prohibición de la tortura. Con la misma redacción de la DUDH comienza el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Y en modo similar se expresa el art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950): «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». Para reforzar y ampliar esa idea todavía han sido aprobadas la Declaración

²⁸ Hay quien sostiene que esta segunda vertiente del dilema puede reconducirse a la primera. Así Alan Gewirth reconduce la perspectiva del consecuencialista al conflicto entre derechos donde uno de ellos desplaza a otro: «pues cuando dice que todo derecho puede ser postergado si hace falta para evitar ciertas catástrofes —como cuando sólo la tortura permitirá a las autoridades averiguar dónde un terrorista ha escondido una carga de dinamita activada—, el consecuencialista está apelando a derechos básicos. Está diciendo que en tal caso un derecho —el derecho a no ser torturado— es postergado por otro derecho: el derecho a la vida de las muchas víctimas potenciales de la explosión» [A. Gewirth, «Are There Any Absolute Rights?» cit., p. 96]. En mi opinión, sin embargo, como dije, el consecuencialista puede anteponer al respeto de un derecho, como bien supremo, un valor diferente al respeto de otros derechos. En la medida en que el consecuencialista justifique el respeto de los derechos en la obtención de un valor último, como suele ser el caso, será dicho valor el bien prevalente, en lugar de los intereses protegidos por unos u otros derechos.

sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1975) y, sobre todo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por Resolución 39/46 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (en vigor desde 1987)²⁹. Se ha dicho que la prohibición de la tortura es parte del «núcleo duro» de las normas internacionales de derechos humanos, parte del *ius cogens* que no puede ser objeto de derogación o reserva³⁰.

La Convención de 1984 contra la Tortura define ésta en su artículo 1 como «todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas». Es seguramente una de las mejores definiciones que puedan darse, aunque dado el carácter de la Convención se circunscriba a la tortura infligida por funcionarios públicos.

La definición transcrita arriba plantea el problema de que al excluir las sanciones legítimas subordina la definición de tortura a la definición de sanción legítima. ¿Puede ser considerado sanción legítima todo castigo aprobado legalmente? La pregunta ha de tener una respuesta negativa clara en los supuestos extremos de abuso, pero presenta dificultades en otros muchos supuestos. Sobre todo en lugares donde la ley tiene una legitimidad democrática más o menos reconocida. El caso de Israel es paradigmático, pues su legislación aprueba el uso de «presión física moderada»

²⁹ En virtud de esta Convención se creó en 1987 un Comité contra la Tortura; y desde 1985 existe en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU un Relator Especial sobre la tortura. En el ámbito europeo, la Convención para la Prevención de la Tortura y de los Tratos o Castigos Inhumanos o Degradantes (1987) creó un Comité con autoridad para efectuar visitas de inspección a los Estados parte.

³⁰ J. Quel López y C. Fernández de Casadevante, *La lucha contra la tortura (aspectos de Derecho internacional y de Derecho interno español)*, prólogo de J.A. Carrillo Salcedo, Oñati: HAEE/IVAP, 1991, p. 31.

durante los interrogatorios*. Entre los métodos empleados para vencer la resistencia de los interrogados es habitual privarles del sueño por períodos prolongados de tiempo, forzarles a permanecer en posturas dolorosas, encapucharles y obligarles a oír ruidos durante largos periodos. Estas prácticas han sido criticadas no sólo por Amnistía Internacional, sino también por el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, que en 1997 las consideró efectivamente torturas contrarias a la Convención. Pero lo cierto es que son sanciones legítimas con arreglo al Derecho israelí. Y desde luego, no sólo en Israel, de entre los países con legitimidad constitucional, hay comportamientos legales lindantes con la tortura. ¿Qué pensar, por ejemplo, de los cinturones paralizantes [*stun belts*], que son colocados legalmente a muchos detenidos en algunos Estados de los Estados Unidos, y que administran una descarga de 50.000 voltios cuando son activados?

La tortura viene a ser el más grave de los tratos «cruels, inhumanos o degradantes», por lo que su apreciación es una cuestión de grado. Si bien es cierto que todos los tratos degradantes están prohibidos, la calificación de tortura conlleva un reproche mayor —y en los procesos penales, un castigo mayor— y algunas consecuencias especiales, por lo que suele ser empleada restrictivamente³¹. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero de 1978, en el caso de la República de Irlanda contra el Reino Unido, consideró, contra el criterio de la Comisión de Derechos Humanos, que no merecían la calificación de torturas cinco técnicas de «interrogatorio profundo» [*interrogation in depth*] que el Reino Unido aplicó a catorce personas en 1971, y que les produjo —según el propio Tribunal (§ 167)— «un intenso sufri-

* NB. El Tribunal Supremo israelí ha invalidado recientemente esta legislación (septiembre de 1999).

³¹ Por ejemplo, la Convención de 1984 exige a los Estados Parte perseguir como delito la tortura (art. 4), pero no dice lo mismo respecto de los demás tratos degradantes. Según alguna opinión, ante la amenaza del terrorismo «se produce una marginalización del concepto de tortura que, resulta prácticamente inalcanzable en las intervenciones contra el terrorismo, salvo en los Estados dictatoriales o con ocasión de guerras, en que desciende el nivel de intensidad. En definitiva, la tortura, verdadero «concepto clave» de la protección de los derechos del hombre, en concreto, de su humanidad y dignidad, queda marginalizada en la Europa democrática convirtiéndose tan sólo en una «noción complementaria de la del tratamiento inhumano» cuya utilización se remite a situaciones muy excepcionales» [J.L. de la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, Barcelona: Bosch, 1990, pp. 53-54].

miento físico y psíquico». El Tribunal las calificó de tratos inhumanos prohibidos por el Convenio³².

Dejemos a un lado el problema de la definición de tortura y atendamos al asunto que nos ocupa: ¿puede justificarse en algún caso? A tenor de la redacción de los textos internacionales citados, no lo parece³³. El art. 2.2 de la Convención sobre la Tortura dice además: «En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura»³⁴. Por si fuera poco, la reciente Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/38 se declara «consciente de que ninguna persona debe ser sometida a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de que estos actos constituyen una tentativa criminal de destruir física y mentalmente a un ser humano que no puede verse justificada por ninguna circunstancia, por ninguna ideología ni por ningún interés supremo, y convencida de que una sociedad que tolera la tortura no puede pretender en ningún caso que respeta los derechos humanos». En general, la doctrina coincide en que la Convención prohíbe la tortura sin excepción posible.

³² Dichas «técnicas» son resumidas en el § 96 de la Sentencia: «(a) *posición de pie contra la pared*: obligar a los detenidos a permanecer durante períodos de horas en una “postura forzada”, descrita por quienes la experimentaron como estar «con los brazos extendidos contra la pared, con los dedos en alto sobre la cabeza apoyados en la pared, las piernas separadas y los pies hacia atrás, lo cual les hacía estar sobre los dedos de los pies y con el peso del cuerpo principalmente contra los dedos de la mano; (b) *encapuchamiento*: poner una bolsa negra o azul marino en la cabeza de los detenidos y, al menos al principio, mantenerla allí todo el tiempo excepto durante el interrogatorio; (c) *sometimiento a ruido*: antes de los interrogatorios, tener a los detenidos en una habitación en la que había un continuo ruido alto y penetrante; (d) *privación del sueño*: antes de los interrogatorios, privar de sueño a los detenidos; y (e) *privación de comida y bebida*: someter a los detenidos a dieta reducida durante su estancia en el centro y antes de los interrogatorios.

³³ Recuérdese la interpretación de John Finnis sobre la Declaración Universal, citada en la nota 3.

³⁴ No obstante, hay quien duda que esa prohibición sea absoluta, pese a reconocer que la mayoría de la doctrina así lo cree: J.L. de la Cuesta Arzamendi, «¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional», en J.L. de la Cuesta et al (comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin*, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 695-705; p. 697. Según este autor, el art. 2 de la Convención de 1984 puede interpretarse como destinado a prohibir las prácticas de tortura, pero no los actos aislados dirigidos a lograr la salvación de importantes bienes jurídicos individuales de terceros (*op. cit.*, p. 700).

La prohibición de la tortura parece también incondicional en el Convenio europeo de 1950. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero de 1978 antes citada declara (§163): «El Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes, sean cuales fueren las acciones de la víctima. El artículo 3 no prevé restricciones, en lo cual contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos...»³⁵.

En el Derecho interno español, la Constitución de 1978 también resulta taxativa cuando en su artículo 15 declara que «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». La tortura es un delito castigado por el art. 174 y concordantes del Código Penal de 1995³⁶. También en este ámbito hay acuerdo doctrinal en que no hay causas de justificación para este ilícito penal³⁷.

Jurídicamente, como vemos, la tortura parece estar completamente prohibida, sin excepciones. Esto nos debe dar una pista, aunque no la solución, para responder a la pregunta sobre si el derecho a no ser torturado es un derecho absoluto. En primer lugar, porque el Derecho en este caso se hace eco de una convicción moral generalizada, que sería absurdo ignorar. En segundo lugar, porque la prohibición jurídica aporta una razón moral más.

³⁵ Traducción de C. Arregui, en *Persona y Derecho* 7 (1980), pp. 376-687; p. 520.

³⁶ El citado art. 174.1 CP dice así: «Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que haya cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos o a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.»

³⁷ V. Grima Lizandra, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia: Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 1998, p. 158. Según explica Grima Lizandra, para el Derecho el bien jurídico atacado por la tortura es superior en todos los casos. Así, en la tortura indagatoria prevalece sobre la eficacia de la investigación, y a su juicio también sobre otros bienes como la vida o la seguridad de terceros. Y lo mismo sucede con la tortura punitiva e intimidatoria. La misma ausencia de justificación de la tortura se predicaba de su tipificación en el Código Penal de 1973: J. Barquin Sanz, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid: Edersa, 1992, p. 264.

En efecto, ante la duda sobre si está justificada o no la tortura en un caso concreto, la firme negativa que parece provenir del Derecho internacional, y en España de su Constitución, se alía con las demás razones que rechazan tal justificación y debe inclinar el juicio moral en este sentido.

Ahora bien, ¿es realmente imposible hallar en el Derecho algún tipo de permiso o excusa que deje impune la práctica de la tortura? Lo cierto es que hay dos candidatos: la legítima defensa y el estado de necesidad. El estado de necesidad serviría de excusa si con la tortura se tratase de proteger un bien mayor que el que con ella se ataca. Pero es más que improbable que eso pueda suceder, pues el legislador ha dejado claro que no hay bien que justifique la práctica de la tortura. En cambio, la legítima defensa sí podría ofrecer una excusa. La legítima defensa supone una autorización para protegerse a sí mismo o a otros frente a una agresión atacando proporcionadamente al agresor. No es fácil imaginar situaciones donde la tortura es el único medio de repeler una agresión, pero tal vez las haya. Por ejemplo, si un sujeto me coloca una bomba en el pecho advirtiéndome que sólo él sabe cómo desactivarla, creo que el Derecho me excusaría si le torturo para que la desactive. (Pero eso no es «tortura» en el sentido de la Convención).

Veamos el supuesto del terrorista que sabe dónde está y cómo desactivar una bomba que previsiblemente matará a un buen número de personas. La respuesta más verosímil desde el punto de vista jurídico es que también aquí la tortura es inexcusable. Porque el Derecho se ocupa de casos reales, y en los casos reales no puede predecirse el resultado de la tortura: pudiera ser que el torturado cediese y se evitase la masacre, pero pudiera ser que el torturado aguantase o incluso engañase a sus torturadores, de modo que la tortura fuese causa de más mal que bien. No hay estado de necesidad, además, porque el bien jurídico amenazado no es más importante para el Derecho (téngase en cuenta que la tortura inflige un grave daño a la legitimidad del sistema, y no sólo al torturado), y porque la amenaza proviene del propio titular del bien supuestamente menor. Es más dudoso si cabe aquí legítima defensa, pero lo más acertado parece descartarla como excusa de la actuación de los funcionarios públicos. Además, la tortura no es un medio proporcional para lograr ningún fin³⁸.

³⁸ Sobre la respuesta del Derecho español a este problema ver V. Grima Lizandra, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1998, pp. 168 ss. El autor argumenta contra la posibilidad de excusar la tortura en el supuesto plan-

5.2. La prohibición moral de la tortura

Si el punto de vista jurídico parece ser claro en cuanto al carácter absoluto de la tortura, el punto de vista moral presenta más dificultades. Porque de la ética se espera que dé respuestas no sólo a los casos reales, sino también a los hipotéticos. La solución moral al dilema sobre si la tortura puede llegar a estar justificada no sólo ha de referirse a los casos que puedan darse en la práctica, lo cual previsiblemente excluiría las situaciones en que la tortura sea el medio idóneo o único para salvar vidas, sino que también ha de referirse a los casos ficticios, a los «experimentos mentales». Y éstos pueden construirse del modo más imaginativo o del modo más simple: bastaría aquí proponer como caso de estudio un estado de cosas en el cual torturando se salvan cien o mil vidas, sin que haga realmente falta detallar esa situación. Hay filósofos morales que desaprueban la tendencia que tienen algunos colegas suyos a debatir con ayuda de ejemplos rebuscados, los cuales ven alejados de la vida real y de la discusión ética que importa. Otros filósofos morales, en una línea similar, consideran que la Ética debe apegarse a la vida humana y no aspirar a empresas imposibles como resolver cualquier tensión hipotética entre fines deseados. Sin embargo pienso que la Ética debe tener esa aspiración, aunque no pueda colmarla nunca. En concreto, creo que una filosofía moral no es plenamente satisfactoria si ha de callar ante los dilemas que la prohibición de la tortura es capaz de plantear a la razón práctica. Para confiar por entero en una teoría moral como fuente de normas de conducta no basta que sea adecuada para guiar la acción de un modo más o menos beneficio-

teado. Incluso si un sujeto que en el pasado ha cumplido amenazas y matado a gente con bombas asegura que en unos minutos explotará otra bomba, no habría justificación penal si se le torturase. Es improbable que haya estado de necesidad ni legítima defensa, pero en cualquier caso la tortura no es un medio objetivamente apto para localizar la bomba, porque no garantiza que el torturado diga la verdad (p. 172).

El caso de la bomba fue también examinado en las discusiones suscitadas en un simposio sobre la tortura celebrado en Israel, organizado por el Minerva Center for Human Rights, que he consultado en Internet (<http://humrts.huji.ac.il>). Allí el profesor de Derecho Arnold Enker argumentó en contra de apreciar la excusa basada en la necesidad, pero a favor de la excusa de legítima defensa. En cambio, Nigel Rodley, Relator especial sobre la Tortura para la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, se mostró reacio a admitir resquicios en la prohibición absoluta de la tortura. Aunque admitió como hipótesis que en algún caso excepcional la tortura pueda ser moralmente permisible, sin embargo subrayó que ni tal caso ha sido articulado debidamente, ni tendría valor para el Derecho, el cual ha de ocuparse de la realidad y no de los casos excepcionales o *in extremis*.

so para todos. Para confiar plenamente en una teoría moral, ésta ha de estar justificada, lo cual significa a su vez que está en condiciones de justificar el curso de acción debido en cualquier situación, real o hipotética. Pero no me quiero entretener más en esta defensa de los sistemas morales. Lo que me importa destacar es tan sólo que los ejemplos donde la tortura tiene alguna razón de ser son dificultades que la filosofía moral –al contrario que el Derecho– debe afrontar por muy inverosímiles que resulten.

¿Qué puede decirse, entonces, desde la filosofía moral, al dilema que nos plantea quien sólo bajo tortura descubrirá dónde está y cómo desactivar una bomba con la que amenaza matar a un buen número de personas? ¿Tiene ese sujeto un derecho absoluto a no ser torturado? A mi juicio la filosofía moral puede decir al respecto algunas cosas de importancia; y puede dar algunas respuestas que despejen el problema de fondo de otras dificultades «menores»; pero no está en condiciones de dar una solución a ese problema de fondo. Al menos si el problema se considera desde una perspectiva radical, que no se compromete con un modelo argumentativo a no ser que se haya mostrado claramente mejor que los rivales. Desde esta perspectiva meta-teórica o meta-filosófica (que no deja de ser filosófica, desde luego) no parece haber solución posible a nuestro dilema. Pero vayamos por partes.

La filosofía moral puede, en primer lugar, decir cosas de importancia sobre el problema de la tortura. Ante todo, puede fundamentar un derecho subjetivo –un *derecho humano*– a no ser torturado. Puede también aclarar los términos en los que ese derecho entra en conflicto con otros derechos, o con otros bienes merecedores de protección. Puede, en fin, poner en contraste los argumentos que apoyan la prohibición absoluta de la tortura –argumentos de base kantiana, naturalista o/y teológica– con los argumentos que relativizan esa prohibición subordinándola a la consecución de algún fin humano supremo, como la satisfacción de deseos informados.

La filosofía moral puede, en segundo lugar, dar algunas respuestas y despejar el problema de fondo. Por ejemplo, puede mostrar –según creo– que la tortura es permisible en defensa propia, pero que nunca lo es para satisfacer intereses sin parangón en la víctima. En ambos casos debido a que el razonamiento moral exige la universalidad de los juicios.

La tortura es permisible moralmente en defensa propia –con las cautelas que haya que introducir (certeza del ataque, proporcionalidad de la respuesta...)– porque es contradictorio justificar un

derecho a no ser torturado si a su vez justifica el deber correlativo de aceptar ser torturado o sometido a un mal mayor. Para poder justificar un derecho hay que tener en cuenta los derechos iguales o superiores de los demás, o de otro modo la universalización del juicio es imposible. Por otra parte, el hecho de que el titular del derecho a no ser torturado está atacando o amenazando derechos ajenos le haría menos merecedor de protección, aunque no llegase a privarle de sus derechos. Entiendo que si me colocan una bomba en el pecho, tengo legitimidad moral –y no sólo excusa penal– para torturar a quien tiene la clave para desactivarla. No obstante, todavía habría mucho que discutir sobre la permisibilidad de la tortura en defensa propia. Por ejemplo: ¿es extensible a la defensa de un hijo? ¿y a la defensa de un amigo? ¿y a la defensa del Estado? Hay un punto en el que estas preguntas remiten al problema de fondo, pero baste de momento la idea de que también en el plano moral el torturador podría alegar como excusa una legítima defensa. Cuando se dice que el derecho a no ser torturado es absoluto ha de entenderse con la salvedad de la defensa propia, que más que una excepción es una frontera consustancial a todo derecho moralmente justificado, debido a la estructura de esta justificación.

En cambio, la tortura nunca es permisible para satisfacer intereses sin parangón en la víctima. Para poder, en hipótesis, justificar moralmente la tortura habría que reconocer a la víctima como un potencial beneficiario de esa conducta en caso de que su posición fuese distinta. Esto es lo que el requisito de la universalización exige. Así sucede, por ejemplo, en el supuesto de la bomba: quienes argumentan la justificación de la tortura pueden basarse en la defensa de unos intereses –la vida o integridad física de muchas personas– que son reconocibles también en el torturado, y que éste vería amenazados si ocupase la posición de los amenazados por la bomba en lugar de la que ocupa. No digo que la tortura en este caso esté justificada o sea permisible, sino sólo que no incumple un requisito básico del razonamiento moral. Por el contrario, de ningún modo estaría justificado torturar a un individuo para obtener ventajas políticas, o de otro tipo, que contrarían o marginan los intereses de ese individuo. Porque de ocupar éste la innoble posición de beneficiario potencial de la tortura, en la práctica resultaría más perjudicado que beneficiado, siendo sus intereses los que son³⁹.

³⁹ Podría replicarse que lo que exige la universalización es que el torturado pudiera beneficiarse de la tortura a la que se le somete si tuviese los mismos intereses que el torturador o que el beneficiario de la conducta de éste, sin importar

La filosofía moral aclara unos problemas y despeja otros, pero no está en condiciones de dar una solución al problema de fondo que plantea la tortura. Porque en el enfrentamiento entre los argumentos que llevan a prohibirla de modo absoluto y los argumentos que llevan a relativizar esa prohibición, la filosofía moral no tiene modo de decidir. No puede tomar partido, porque sólo podría hacerlo con una evaluación moral de esos argumentos, lo cual requeriría emplear unos u otros argumentos desconociendo cuáles debe emplear. Tal vez en el futuro se desarrolle un modo de comparar los méritos respectivos de ambas argumentaciones —si ya existe lo desconozco—, pero de momento contamos con dos enfoques morales rivales inconmensurables. Para uno de ellos, nada es más valioso que el respeto de las personas y de sus derechos básicos, y entre ellos el derecho a no ser torturado; de modo que hay un deber incondicional de mantener ese respeto. Por eso el derecho a no ser torturado es absoluto. Para el otro, más valioso que cualquier derecho es el fin que lo justifica, que no es tanto el respeto de las personas en sí mismo como la satisfacción de los intereses —o acaso preferencias, o necesidades— de las personas; de modo que hay un deber de respetar los derechos condicionado a la mayor satisfacción de dichos intereses por otras vías. Por eso el derecho a no ser torturado puede tener excepciones. Se trata de dos enfoques alternativos y excluyentes sobre el deber, y precisamente por eso no es posible establecer cuál *debe* seguirse. Sí es posible poner de relieve contradicciones o inconsistencias (aclarar y despejar problemas), pero no decidir fundadamente el fondo de la cuestión cuando, finalmente, de lo que se trata es de escoger uno u otro planteamiento moral.

Personalmente, por formación y por sensibilidad me inclino hacia la primera opción moral: hacia la que sostiene que el derecho a no ser torturado es absoluto (con la salvedad de la defensa propia, ya señalada). Por lo demás es la opción que parece predominar en nuestro entorno cultural, a juzgar por las opiniones que se expresan y, sobre todo, por el Derecho. El Derecho en los sistemas democráticos suele ser expresión de valores compartidos, o por lo menos debe serlo, y no hay razones para pensar que la

los intereses que el torturado realmente tiene. La verdad es que el requisito de la universalización puede interpretarse de un modo tan formalista que lo hace parecer vacío (aunque nunca lo es totalmente). Con todo, estimo que a la hora de evaluar la tortura como medio para proteger bienes valiosos importa tener por tales sólo los que pueden reconocerse entre las aspiraciones de todos los sujetos, incluido el torturado, y no los que pudiera apreciar una minoría influyente o poderosa.

prohibición jurídica absoluta de la tortura es una excepción. Mi juicio moral sobre la tortura responde a un enfoque que, como dije, sitúa el respeto de las personas y de sus derechos básicos como contenido de deberes incondicionales. Y sin embargo entiendo que el enfoque rival, el que sitúa la satisfacción directa de intereses como el contenido fundamental del deber moral, tiene también sus méritos. No lo comparto, pero no veo que pueda desestimarse como criterio de conducta. Es más, creo que también en este entorno cultural que aparentemente se inclina por la idea de derechos absolutos (y así lo plasma en su Derecho) hay elementos que indican lo contrario. Puestos en la tesitura de escoger, muchos decidirían permitir la tortura antes que dejar que una bomba matase a cien –o cien mil– personas. Y está por ver qué harían los operadores jurídicos ante un caso así en los países donde la tortura está duramente perseguida. Así que el enfrentamiento de enfoques y opciones consiguientes no sólo es teórico y marginal, sino que –pienso– es muy real, y visible a poco que se profundice.

Pero no quiero terminar con una conclusión que deja el tema inconcluso. No se puede preferir fundadamente el enfoque que lleva al derecho absoluto a no ser torturado, o el que lleva a relativizar ese derecho, pero sí se pueden defender algunas ideas sobre el asunto. Por lo pronto, se puede defender la prohibición jurídica y la persecución de la tortura. Esta prohibición es una consecuencia claramente querida por el enfoque moral de los derechos absolutos, por el que he mostrado mi inclinación, pero también es consistente con el enfoque rival, y seguramente querida también por él. Porque lo que dice este enfoque rival es que la tortura pudiera estar justificada en algún caso para satisfacer intereses más valiosos. Pero las circunstancias en las que esto pudiera suceder, a juzgar por el peso que se le reconoce generalmente al interés en no ser torturado, son tan inverosímiles que el Derecho puede y debe ignorarlas.

Tal vez estaría justificado, desde la perspectiva finalista o consecuencialista, que el Derecho dispusiese como excepción posible de la prohibición de torturar el caso improbable en que la tortura fuese el único medio de evitar una catástrofe (una suerte de excusa por estado de necesidad). Pero no es preciso, e incluso es desaconsejable. No es preciso, porque el Derecho puede limitarse a regular las situaciones previsibles y desocuparse de las inverosímiles. Y es desaconsejable, porque una salvedad así, que por fuerza habrá de ser indeterminada –¿qué hemos de considerar «catástrofe», por ejemplo?– introduciría un caballo de Troya en la prohibición de la tortura. La posibilidad de aplicar esta excepción

podría acabar socavando la protección de los intereses que con este enfoque se quería proteger. Y el mismo argumento se aplica a la posibilidad de justificar una tortura leve para lograr fines valiosos que —supuestamente— compensen el daño causado. La teoría de la «pendiente resbaladiza», que destaca el riesgo de autorizar unas conductas peligrosas pero muy difíciles de controlar, es aquí aplicable. La tendencia de quienes se ven autorizados para aplicar una «presión física moderada», como en Israel, hacia la utilización sistemática de esta posibilidad legal, no sólo aleja esta *tortura* leve de su alegada justificación consecuencialista, sino que puede revelar que aquella autorización fue contraproducente.

En definitiva, bien está que el Derecho prohíba de modo absoluto la tortura, y que en el plano jurídico el derecho a no ser torturado no tenga excepciones. Se vea desde la perspectiva de los derechos o desde la perspectiva de las consecuencias, el mejor Derecho es seguramente el que prohíbe sin matices la tortura. Seguramente, pero no seguro. Porque en último término la cuestión sobre qué es mejor remite al dilema de fondo que sigue vivo en el plano moral. A la pregunta sobre si el derecho a no ser torturado es, desde el punto de vista moral, un derecho absoluto o no lo es, no hay más respuesta que la que a cada uno nos da la teoría moral que escogemos de entre las que cuentan con apoyo filosófico parejo. Es discutible que sean cuales sean nuestras creencias morales cuenten con una justificación intersubjetiva, aunque también es dudoso que podamos separarnos de ellas para discutir su plausibilidad con actitud escéptica⁴⁰. Pero me parece indudable que si pretendiésemos comparar los méritos de los argumentos que dan prevalencia a derechos como el de no ser torturado, y los que se la dan a otros fines, no llegaríamos a ninguna parte.

5. APÉNDICE. LA RESPUESTA DE JOHN STUART MILL

El problema de los derechos absolutos, e incluso el dilema de la tortura, ha sido estudiado a través de la obra de John Stuart

⁴⁰ Ronald Dworkin ha puesto de relieve que ante la tesitura de si admitir que los seres humanos tienen cierta capacidad de juicio moral o sostener que no hay objeción moral a «torturar a un niño pequeño, sólo por divertirse, delante de su madre cautiva», debemos admitir lo primero. Porque «cualquier razón que pensemos que tenemos para abandonar una convicción es ella misma otra convicción». Y «si no puede evitar creer algo, firmemente y de corazón, será mejor que lo crea» [R. Dworkin, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy & Public Affairs* 25/2 (1996), pp. 87-139; p. 118].

Mill por José García Añón⁴¹. Por supuesto, el problema no se resuelve de un modo u otro según lo que haya opinado Mill al respecto. No es el objetivo del estudio de García Añón, idóneo para conocer el pensamiento de Mill sobre el conflicto entre utilidad y derechos, dar una respuesta al conflicto mismo. Pero contextualizar el problema en un autor de la talla y características de Mill, íntimamente vinculado al utilitarismo, puede ser un buen modo de reconocer los argumentos que son realmente debatidos, así como sus implicaciones.

Según expone con gran detalle García Añón, la doctrina ético-jurídica de Mill consiste, en síntesis, en defender que la sociedad identifique y aplique una serie de reglas de justicia y de derechos que van en interés de los individuos y redundan en beneficio de la sociedad. No postula la persecución de la utilidad social a cualquier precio, sino muy al contrario mediante el respeto de reglas que otorgan unos derechos subjetivos e impiden el sacrificio injusto de unos individuos para el beneficio de otros. Ahora bien, estas reglas de justicia y de derechos han de ser tenidas en cuenta conforme a una concepción estratégica, según la cual son útiles hasta que dejan de serlo, de modo que su aplicación puede ser exceptuada o postergada por otras reglas, siempre con el fin último de la justicia⁴². Interpretado así el principio de utilidad –nos dice

⁴¹ J. García Añón, *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, Madrid: McGraw-Hill, 1997. Especialmente pp. 405-413, que reproducen y expanden en el artículo del mismo autor «El conflicto entre los derechos y el principio de utilidad: el problema del sacrificio de los derechos de las minorías frente a las mayorías», *Τέλος* 6/2 (1997), pp. 141-159.

⁴² Ver García Añón, *John Stuart Mill... cit.*, pp. 183 ss y 386 ss. En palabras de Mill, «puesto que no denominamos justicia a lo que no sea una virtud, normalmente decimos no que la justicia deba ser suplantada por algún otro principio moral, sino que aquello que es justo en los casos ordinarios es, en razón de algún otro principio, injusto en el caso en cuestión» (*Utilitarismo* [1861], trad. de E. Guisán, Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 132). La clave de la actuación utilitarista está para Mill en el seguimiento de reglas generales. En una carta de 1862 escribía que «la felicidad humana, incluso la propia, es en general perseguida más satisfactoriamente al actuar según reglas generales, que midiendo las consecuencias de cada acto», por lo que «cuando un derecho *ha* sido reconocido [las personas] deben, en la mayoría de los casos, sujetarse a ese derecho incluso con el sacrificio, en el caso particular, de su propio bien mayor a otro menor» (carta a George Grote, citada por García Añón *op. cit.*, p. 196). Por supuesto, la dificultad de entender la posición de Mill sobre nuestro tema se agudiza con la salvedad «en la mayoría de los casos», que matiza su defensa de los derechos. García Añón la interpreta recordando la concepción estratégica de las reglas que Mill mantiene: el objetivo es lograr la justicia y con ella la felicidad, para lo cual lo normalmente adecuado es seguir reglas sobre derechos y deberes. Pero habrá

García Añón—, «es difícil que se produzca una situación de conflicto o incompatibilidad» entre el deber de respetar los derechos y el deber de maximizar la utilidad⁴³. Porque, para Mill, la mejor forma de maximizar la utilidad es respetar los derechos.

Pero ¿qué ocurre en el supuesto —todo lo *difícil* que se quiera— de que la mejor forma de maximizar la utilidad sea infringir un derecho? Éste y no otro es el dilema que tiene que afrontar el utilitarismo cuando se le reprocha que no puede explicar ni justificar la prevalencia absoluta de ciertos derechos humanos. Creo que la respuesta utilitarista más adecuada es que si infringir la regla que protege los derechos es en algún caso mejor desde el punto de vista de la utilidad, deberá hacerse. Porque desde este punto de vista no hay derechos absolutos, y no sólo porque puedan chocar con otros derechos y ceder ante ellos, sino también porque pueden chocar con el principio de utilidad y ceder ante él. Sin embargo la respuesta de Mill, según García Añón, sería insistir en la prevalencia de los derechos. De ser cierto, pienso que habrá que concluir que Mill o bien no era un utilitarista radical, o bien no era un utilitarista consecuente.

García Añón acepta representar el dilema al que me refiero en la pregunta de si está moralmente justificado torturar a un terrorista para que confiese dónde ha puesto la bomba con la que amenaza matar a un alto número de personas. En su opinión Mill no justificaría la tortura, debido a los dos argumentos con que apoya su respuesta a otro dilema en cierto modo semejante. En efecto, Mill sostuvo que no está justificado que un pueblo sacrifique a un ciudadano para evitar el exterminio con que lo amenaza un enemigo poderoso (por ejemplo, que los cartagineses forzasen la rendición de Aníbal para evitar que los romanos los exterminasen como amenazaban). Los argumentos son la relación entre los miembros de la sociedad y el deber de resistir la tiranía⁴⁴.

que admitir que lo adecuado en algún caso pueda ser lo contrario, y tal vez en eso pensaba Mill cuando escribió que los filósofos estarán obligados a tener en cuenta todas las circunstancias sin excepción, y que las personas con naturaleza desarrollada no necesitan reglas estrictas (ver García Añón, *op. cit.*, p. 199 y p. 387). García Añón sostiene que tales afirmaciones pierden fuerza cuando las contextualizamos (así, la última aparece en una carta a su amada Harriet y puede ser entendida como un guiño para cortejarla). Pero a mi juicio son las afirmaciones que debería hacer un utilitarista consistente.

⁴³ J. García Añón, *John Stuart Mill* cit., p. 406; «El conflicto...» cit., p. 144.

⁴⁴ El dilema y su solución los plantea Mill en una carta a W.T. Thornton de 1863, citada por J. García Añón, *John Stuart Mill* cit., p. 408; y «El conflicto...» cit., p. 148.

Según García Añón, el primer argumento se aplicaría al caso del terrorista debido a tres razones: *a*) porque el principio de utilidad recomienda a la sociedad proteger por medio de derechos, que deben ser respetados, los intereses que tienen todos los individuos, pues así no sólo se satisfacen esos intereses sino que además se logra una beneficiosa seguridad; *b*) porque mantener el respeto de las normas sobre derechos es una exigencia formal del principio de seguridad, pues es el modo de mantener la confianza y lealtad mutuas entre los miembros de la sociedad (por eso cabe decir que los derechos protegen intereses sistémicos y no sólo intereses individuales); y *c*) porque rechazar una norma que admitiese la tortura es una exigencia material del principio de seguridad⁴⁵. Según expone García Añón, recapitulando las razones apuntadas:

«Mill entiende que el respeto de los derechos es importante para maximizar la utilidad; por lo que la infracción de los derechos de un ciudadano, por muy perjudicial que sea su conducta, supone un ataque a la felicidad de todos: Primero, porque se vulneran derechos, y recordemos que Mill pensaba que los derechos eran un límite para las conductas de los demás; en segundo lugar, porque se quiebran otros principios que son ingredientes de la utilidad, como puede ser la seguridad o la autonomía; y en tercer lugar, porque parece que es difícil poder realizar una evaluación entre derechos en conflicto en una situación concreta y querer generalizarla, lo que supondría no tener en cuenta ni los contextos ni las diferencias cualitativas que pudiesen existir entre ellos. Estos argumentos son de por sí suficientes para dismantelar la contradicción entre utilitarismo y deontologismo; o dicho de otra forma, entre fines y principios. La solución que Mill plantea es un camino de coherencia entre principios, fines y derechos⁴⁶.

Pues bien, creo que estas razones no bastan ni mucho menos para dismantelar el conflicto entre utilitarismo y deontologismo. La primera de las razones es insuficiente o, en otro caso, contra-

⁴⁵ Cfr. J. García Añón, «El conflicto...» cit., pp. 151-152. El concepto de «intereses sistémicos» lo explica García Añón en *John Stuart Mill...* cit., p. 212, siguiendo a F.R. Berger.

⁴⁶ J. García Añón, «El conflicto entre los derechos...» cit., p. 152. Así replica amistosamente a mi opinión de que entre la óptica utilitarista y la óptica deontologista existe un conflicto –tal vez irresoluble, debido al problema de la inconmensurabilidad–, y que el dilema de la tortura ilustra dicho conflicto (Rodríguez-Toubes, «Utilidad y autonomía de la dogmática jurídica», *Τέλος* 3/1 (1994), pp. 29-47, p. 41).

dictoria. Si se quiere defender que el derecho a no ser torturado debe ser respetado pese a que otras alternativas producen mayor utilidad, poco se gana sosteniendo que los derechos deben ser respetados porque es útil hacerlo. Pues tal respuesta es insuficiente salvo que deban ser respetados a pesar de su menor utilidad, lo cual sería contradictorio con la justificación utilitarista de los derechos. La segunda de las razones es asimismo insuficiente. Si se quiere defender que el derecho a no ser torturado debe ser respetado en todo caso, no puede bastar como argumento que mantener ciertas reglas —por ejemplo, la prohibición de la tortura— es fundamental para preservar situaciones (v.gr. confianza mutua) y valores (v.gr. seguridad) socialmente útiles. Porque precisamente el problema se plantea cuando es socialmente más útil incumplir la regla que cumplirla. Y, en fin, la tercera de las razones es o bien positiva e infundada, o bien negativa y autofrustrante. Si se quiere defender que debe ser respetada la regla que prohíbe torturar, es poco creíble sostener que el cálculo utilitarista permite elaborar (perspectiva positiva) y justifica una regla que prohíbe la tortura sean cuales sean las consecuencias, pues esta solución es extraña al presupuesto utilitarista (es infundada). Y es poco precavido sostener que no es posible elaborar (perspectiva negativa), una vez sopesados los derechos en juego, una regla general que permita la tortura en ciertos casos, pues entonces tampoco sería posible elaborar una regla general que la prohibiera en todos los casos (es autofrustrante).

El segundo argumento empleado por Mill para rechazar el sacrificio de un individuo por el bien de muchos, el deber de rechazar la tiranía, resulta poco convincente para rechazar la tortura al terrorista, que no es menos «tirano» que sus torturadores. Así lo reconoce García Añón, que sugiere plantear el caso como un conflicto de bienes que no podría resolverse en términos generales conforme a un criterio de utilidad, sino en términos concretos alegando un estado de necesidad. Sin embargo insiste en que Mill rechazaría la tortura incluso en términos generales, debido sobre todo a la importancia del principio de seguridad y del respeto de los derechos, tanto morales como jurídicos. Con esto regresamos al anterior argumento, que en mi opinión, como dije, es cuando menos insuficiente.

No discuto que Mill hubiese negado justificación a la tortura incluso en casos extremos donde la utilidad se maximizaría torturando. Lo que discuto es que ésa sea una respuesta propia de un utilitarista, o que pueda disolverse el conflicto entre utilidad y derechos simplemente postulando que el respeto de los derechos

maximiza la utilidad. Respecto de esto último, insisto en que en hipótesis pudiera suceder que para incrementar la felicidad resulte preferible infringir, en un caso excepcional, una regla que en circunstancias normales es preferible respetar. Por ejemplo, la regla que prohíbe torturar. Y respecto de lo primero, la posibilidad de que Mill no sea utilitarista, me remito a un agudo artículo de Ch.M. Coope que sostiene que no lo es, salvo que ampliemos absurdamente la noción de «utilitarismo» hasta incluir un «utilitarismo milliano, o no-maximizador, limitado por la justicia y vinculado al mérito»⁴⁷. García Añón afirma que Mill permaneció siempre fiel al utilitarismo, aunque le atribuye una moral utilitarista «abierta», en el sentido de que cabrían otras ideas o principios morales⁴⁸. Coope, en cambio, rechaza los intentos de acomodar la doctrina de Mill en el utilitarismo, y cree más adecuado reconocer sus características no-utilitaristas y emparentarla más bien con una teoría iusnaturalista como la de Hobbes⁴⁹. Sea como sea, lo que me parece claro es que el utilitarismo y la defensa a ultranza de los derechos humanos, incluido el derecho a no ser torturado, son doctrinas incompatibles.

⁴⁷ Ch.M. Coope, «Was Mill a Utilitarian?», *Utilitas* 10/1 (1998), pp. 33-67.

⁴⁸ J. García Añón, *John Stuart Mill...* cit., p. 47 y p. 240.

⁴⁹ Ch.M. Coope, «Was Mill a Utilitarian?» cit. Según Coope, no basta para ser utilitarista preferir una moral orientada hacia la felicidad que otra sin base alguna; y la despreocupación de Mill por la maximización de la felicidad, su emplazamiento de la justicia como límite de las acciones permisibles, su falta de predisposición para admitir excepciones a las obligaciones regladas, y su inflexible principio del mérito son contrarios al principio de utilidad tal como se entiende normalmente. Para aventurar la respuesta de Mill al problema de la tortura considérese la siguiente observación de Coope: a pesar de que Mill advierte en ocasiones que el cumplimiento de las reglas puede exceptuarse para mejor lograr la justicia (por ejemplo está justificado robar una medicina para salvar una vida), escoge reglas que ninguna persona sensata consideraría absolutas, pero no otras como la que prohíbe a la judicatura condenar injustamente a sabiendas. Y así —dice Coope (*op. cit.*, p. 58)—, Mill «bien podría haber estado de acuerdo con Ronald Dworkin en que el mundo necesita una prohibición absoluta de la tortura. Ciertamente está dispuesto a hablar de “barreras” morales. Estas barreras pueden en su opinión ser muy altas». Según Coope, Mill defiende la rigidez y esto —pienso yo también— es incompatible con el consecuencialismo y con el utilitarismo.