



Universidad de Alicante

El concepto y la justificación del paternalismo

Macario Alemany García

Tesis de Doctorado

Facultad de Derecho

Directores: Dr. D. Manuel Atienza
Dr. D. Juan Ruiz Manero

2005

Universidad de Alicante
Facultad de Derecho
Área de Filosofía del Derecho

BIBLIOTECA VIRTUAL

**EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL
PATERNALISMO**

**Trabajo presentado por Macario
Alemany García, bajo la dirección
de los doctores Manuel Atienza y
Juan Ruiz Manero, para la
colación del grado de doctor en
Derecho por la facultad de
Derecho de la Universidad de
Alicante.**

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO I: LOS ANTECEDENTES DE LA DISCUSIÓN ACTUAL SOBRE EL PATERNALISMO

1. INTRODUCCIÓN.....	11
1.1. ORIGEN Y GENERALIZACIÓN DEL USO DEL TÉRMINO “PATERNALISMO”.....	11
1.2. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA IDEOLOGÍA DEL “PATERNALISMO INDUSTRIAL”.....	14
2. LA ANALOGÍA ENTRE EL PODER PATERNAL Y EL PODER POLÍTICO.....	26
2.1. EL FORO DE LA ANALOGÍA PATERNALISTA: PODER PATERNAL Y PATRIARCADO.....	28
2.2. EL TEMA DE LA ANALOGÍA PATERNALISTA.....	29
3. LOS FUNDAMENTOS DEL ANTI-PATERNALISMO CONTEMPORÁNEO.....	33
3.1. JOHN LOCKE.....	33
3.2 LA CRÍTICA DE IMMANUEL KANT AL DESPOTISMO ILUSTRADO.....	39
3.2.1. EL DESPOTISMO ILUSTRADO.....	39
3.2.2. LA CRÍTICA KANTIANA.....	41
3.3. <i>LOS LÍMITES DE LA ACCIÓN DEL ESTADO</i> DE WILHELM VON HUMBOLDT.....	46
3.3.1. PRINCIPIOS GENERALES: EL FIN ÚLTIMO DEL INDIVIDUO Y DEL ESTADO.....	47
3.3.2. PRINCIPIOS DE LAS DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO.....	53
3.3.3. TEORÍA Y REALIDAD.....	62
3.4. <i>ON LIBERTY</i> DE JOHN STUART MILL.....	65
3.5. COMENTARIO DE RUDOLF VON IHERING SOBRE EL “FRACASO” DE WILHELM VON HUMBOLDT Y JOHN S. MILL.....	77
4. LA RECIENTE DISCUSIÓN SOBRE EL PATERNALISMO.....	81
4.1. LA POLÉMICA ENTRE HERBERT L. A. HART Y PATRICK DEVLIN.....	81
4.2. LA ACEPTACIÓN DEL PATERNALISMO EN EL LIBERALISMO RAWLSIANO.....	85
5. ESQUEMA DE LA TESIS.....	88

CAPÍTULO II: EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO JURÍDICO EN GERALD DWORKIN

1. INTRODUCCIÓN.....	91
2. EL CONCEPTO DE PATERNALISMO.....	93
2.1. DEFINICIÓN Y EJEMPLOS.....	93
2.2. PATERNALISMO PURO E IMPURO.....	95
2.3. PATERNALISMO Y OTRAS INTERFERENCIAS BENEVOLENTES.....	96
3. LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO.....	97
3.1. CRÍTICA AL ANTI-PATERNALISMO DE JOHN S. MILL.....	97
3.2. ¿QUÉ INTERFERENCIAS PATERNALISTAS ESTÁN JUSTIFICADAS?.....	100
4. EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO EN “ <i>PATERNALISM: SOME SECOND THOUGHTS</i> ” (1980).....	105
4.1. ASPECTOS CONCEPTUALES.....	105

4.2. LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO.....	107
5. PATERNALISMO <i>VERSUS</i> AUTONOMÍA.....	111
6. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	115
6.1. EN TORNO A LA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.....	115
6.1.1. EL PATERNALISMO COMO INTERFERENCIAS COACTIVAS EN LA LIBERTAD.....	115
6.1.2. ACTO, NORMA Y JUSTIFICACIÓN PATERNALISTA.....	127
6.1.3. LA DISTINCIÓN ENTRE PATERNALISMO Y MORALISMO JURÍDICO.....	130
6.2. EN TORNO A LOS CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN.....	132
6.3. RECAPITULACIÓN DE LAS CRÍTICAS AL PRIMER ARTÍCULO DE G. DWORKIN.....	139
7. CONSIDERACIONES CRÍTICAS AL SEGUNDO ARTÍCULO DE GERALD DWORKIN.....	140

CAPÍTULO III: EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO JURÍDICO EN JOEL FEINBERG

1. A LA BÚSQUEDA DE LOS LÍMITES MORALES DE LA COACCIÓN ESTATAL.....	145
2. EL PRINCIPIO LIMITATIVO DE LA LIBERTAD PATERNALISTA.....	147
3. DOS FAMILIAS DE SIGNIFICADO DEL TÉRMINO “PATERNALISMO”.....	147
4. EL PROBLEMA QUE PLANTEA EL PATERNALISMO.....	149
5. TIPOS DE PATERNALISMO.....	150
5.1. PATERNALISMO COACTIVO Y NO COACTIVO, PÚBLICO Y PRIVADO.....	150
5.2. PATERNALISMO DIRECTO E INDIRECTO.....	151
5.3. PATERNALISMO DURO (O FUERTE) Y PATERNALISMO BLANDO (O DÉBIL).....	152
6. ¿QUÉ ES LO QUE HACE PATERNALISTA A UNA NORMA?.....	155
7. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES.....	158
7.1. LA EXISTENCIA DE ACTOS AUTO-REFERENTES.....	158
7.2. EL CONCEPTO DE DAÑO.....	160
7.2.1. DIVERSOS SENTIDOS DE DAÑO.....	160
7.2.2. “DAÑO” COMO “LA FRUSTRACIÓN DE UN INTERÉS”.....	161
7.2.3. DAÑOS COMO “AGRAVIOS”.....	166
7.2.4. CRÍTICA A LA NOCIÓN DE “DAÑO MORAL”.....	168
8. LA DISTINCIÓN ENTRE PATERNALISMO Y MORALISMO JURÍDICOS.....	170
9. PATERNALISMO Y BENEFICIOS FÍSICOS, PSÍQUICOS Y ECONÓMICOS.....	177
10. RECAPITULACIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE PATERNALISMO DE JOEL FEINBERG.....	178
11. LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO: LA ESTRATEGIA DEL PATERNALISMO BLANDO.....	179
11.1. CONCEPCIONES DE LA AUTONOMÍA PERSONAL.....	180
11.2. SOBERANÍA PERSONAL Y SUS LÍMITES.....	185
11.3. AUTONOMÍA Y BIENESTAR.....	190
11.4. LA VOLUNTARIEDAD EN LA ADOPCIÓN DE RIESGOS.....	191
11.5. EL ESTÁNDAR DE LA VOLUNTARIEDAD.....	197
11.6. LA PRESUNCIÓN DE NO VOLUNTARIEDAD.....	199
11.7. PATERNALISMO BLANDO EN LOS CASOS DE UNA SOLA PARTE.....	200
11.7.1. LA COMPULSIÓN EN LA ADOPCIÓN DE RIESGOS.....	201
11.7.2. EL ENGAÑO Y EL ERROR EN LA ADOPCIÓN DE RIESGOS.....	205
11.8. PATERNALISMO BLANDO EN LOS CASOS DE DOS PARTES.....	206
11.8.1. DIVERSAS NOCIONES DE “CONSENTIMIENTO”.....	208
11.8.2. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.....	209
11.8.2.1. LA COACCIÓN.....	209
11.8.2.2. FALSAS CREENCIAS.....	226
11.8.2.3. INCAPACIDAD.....	239

12. PATERNALISMO Y EXPLOTACIÓN NO COACTIVA.....	245
13. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PATERNALISMO BLANDO.....	253
13.1. EL CASO DE LAS DROGAS PERJUDICIALES.....	253
13.2. EL CASO DE LOS CASCOS DE SEGURIDAD.....	256
13.3. EL CASO DE LA ESCLAVITUD VOLUNTARIA.....	258
13.4. LA ELECCIÓN DE LA PROPIA MUERTE.....	259
14. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	264
14.1. EL PATERNALISMO FUERTE Y DÉBIL EN RELACIÓN CON LOS CASOS DE UNA SOLA PARTE Y DE DOS PARTES.....	264
14.2. LEYES PATERNALISTAS, MAYORÍAS Y MINORÍAS.....	267
14.3. RAZONABILIDAD Y VOLUNTARIEDAD.....	268
14.4. CRÍTICA A LA NOCIÓN DE LA AUTONOMÍA COMO SOBERANÍA INDIVIDUAL.....	273

CAPÍTULO IV: EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO JURÍDICO EN ERNESTO GARZÓN

BIBLIOTECA VIRTUAL

1. INTRODUCCIÓN.....	279
2. ¿ES ÉTICAMENTE JUSTIFICABLE EL PATERNALISMO JURÍDICO?.....	280
2.1. EL PATERNALISMO JURÍDICO Y OTRAS FIGURAS AFINES.....	280
2.2. ARGUMENTOS CONTRA EL PATERNALISMO.....	281
2.2.1. EL ARGUMENTO UTILITARISTA.....	281
2.2.2. EL ARGUMENTO DEL RESPETO A LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA.....	283
2.2.3. EL ARGUMENTO DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	284
2.3. LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO JURÍDICO.....	285
2.3.1. CRÍTICA A LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO BASADA EN LA NOCIÓN DE CONSENTIMIENTO.....	285
2.3.2.- LA VÍA DE LA INCOMPETENCIA BÁSICA.....	286
3. EL DEBATE ENTRE ERNESTO GARZÓN Y MANUEL ATIENZA.....	289
4. EL PATERNALISMO CON LOS NIÑOS.....	294
5. EL PATERNALISMO EN LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS.....	297
6. PATERNALISMO Y DEMOCRACIA.....	303
7. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	312
7.1. SOBRE EL CONCEPTO DE PATERNALISMO.....	313
7.2. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO.....	315

CAPÍTULO V: LOS AUTORES DEL PATERNALISMO MÉDICO

1. INTRODUCCIÓN.....	328
2. EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO EN TOM L. BEAUCHAMP Y JAMES F. CHILDRESS.....	331
2.1. INTRODUCCIÓN.....	331
2.2. LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA.....	332
2.3. LA RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS BIOÉTICOS A PARTIR DE PRINCIPIOS.....	338
2.4. EL PATERNALISMO: CONFLICTOS ENTRE BENEFICENCIA Y AUTONOMÍA.....	345
2.4.1. CONSIDERACIONES CONCEPTUALES.....	345
2.4.2. LA JUSTIFICACIÓN DEL COMPORTAMIENTO PATERNALISTA.....	347
2.4.2.1. JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO APELANDO AL PRINCIPIO DE BENEFICENCIA.....	347
2.4.2.2. LA NOCIÓN DE “COMPETENCIA” EN LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO.....	351

2.4.3. DOS PROBLEMAS: EL SUICIDIO ASISTIDO Y LOS TRATAMIENTOS INÚTILES.....	354
2.5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	358
2.5.1. SOBRE EL CONCEPTO DE PATERNALISMO.....	361
2.5.2. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO.....	361
2.5.2.1. IMPRECISIONES EN LA DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO.....	361
2.5.2.2. ARROGANCIA MÉDICA: PÚBLICAMENTE PROHIBIDO, PRIVADAMENTE PERMITIDO.....	368
3. EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO EN BERNARD GERT, CHARLES M. CULVER Y K. DANNER CLOUSER.....	371
3.1. INTRODUCCIÓN.....	371
3.2. PRESUPUESTOS.....	373
3.2.1. RACIONALIDAD E IRRACIONALIDAD.....	373
3.2.2. COMPETENCIA.....	377
3.2.3. LA CONCEPCIÓN DE LA “MORALIDAD COMÚN”.....	379
3.3. EL PATERNALISMO COMO “LA VIOLACIÓN DE NORMAS MORALES”.....	385
3.3.1. CONSIDERACIONES CONCEPTUALES.....	385
3.3.2. LA JUSTIFICACIÓN DEL COMPORTAMIENTO PATERNALISTA.....	395
3.3.2.1. INTRODUCCIÓN.....	395
3.3.2.2. APLICACIÓN DE LA “MORALIDAD COMÚN” A LOS CASOS DE PATERNALISMO.....	397
3.3.2.3. LA NOCIÓN DE “COMPETENCIA” EN LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO.....	402
3.3.2.4. CRÍTICA A LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO POR LA VÍA DEL “TEST DEL AGRADECIMIENTO”.....	408
3.4. LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO COMO TEST PARA LAS CONCEPCIONES DE LA MORALIDAD MÁS RELEVANTES EN BIOÉTICA.....	409
3.4.1. LA CRÍTICA AL “PRINCIPALISMO”.....	410
3.4.2. LA CRÍTICA A LA CASUÍSTICA Y A LA TEORÍA DE LA VIRTUD.....	412
3.4.3. LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO COMO TEST PARA EL DEONTOLOGISMO Y EL UTILITARISMO.....	415
3.5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	418
3.5.1. SOBRE EL CONCEPTO DE PATERNALISMO.....	418
3.5.2. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO.....	422
4. LA PROPUESTA DE ALLEN BUCHANAN.....	426
4.1. AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE PATERNALISMO: SECRETOS Y MENTIRAS.....	426
4.2. LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO MÉDICO.....	428
4.2.1. EL ARGUMENTO DE LA PREVENCIÓN DE DAÑO.....	428
4.2.2. LA VERSIÓN CONTRACTUAL DEL ARGUMENTO DE LA PREVENCIÓN DE DAÑO.....	431
4.2.3. EL ARGUMENTO DE LA INCAPACIDAD PARA COMPRENDER.....	432
4.3. MEDIDAS TERAPÉUTICAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS.....	433
4.4. BUENAS RAZONES PARA CRITICAR EL PATERNALISMO SIN ACUDIR A ARGUMENTOS BASADOS EN DERECHOS.....	434
4.5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	437
4.5.1. SOBRE EL CONCEPTO DE PATERNALISMO.....	437
4.5.2. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE PATERNALISMO.....	438

CAPÍTULO VI: ESBOZO DE UNA TEORÍA DEL PATERNALISMO

1. INTRODUCCIÓN.....	442
2. EL CONCEPTO DE PATERNALISMO.....	443
2.1. LA NEUTRALIDAD VALORATIVA DEL CONCEPTO DE PATERNALISMO.....	443
2.2. UNA PLAUSIBLE DEFINICIÓN DE PATERNALISMO.....	444

2.3. LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN PATERNALISTA.....	445
2.3.1. EL MODO DE LA RELACIÓN PATERNALISTA.....	445
2.3.2. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PATERNALISTA.....	457
2.3.2.1. EL AGENTE A PATERNALISTA.....	457
2.3.2.2. EL SUJETO B TRATADO PATERNALISTAMENTE.....	460
2.3.2.3. SOBRE EL CONCEPTO DE AUTOPATERNALISMO.....	461
2.3.3. LA FINALIDAD DEL PATERNALISMO.....	472
2.3.3.1. LA DISTINCIÓN ENTRE “EVITAR UN DAÑO” Y “BENEFICIAR”.....	473
2.3.3.2. EVITAR DAÑOS FÍSICOS, PSÍQUICOS O ECONÓMICOS.....	478
2.3.3.3. LA DISTINCIÓN ENTRE PATERNALISMO Y PERFECCIONISMO.....	481
2.3.3.4. EVITAR DAÑOS AUTO-INFLIGIDOS.....	483
3. LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO.....	487
3.1. LA DISTINCIÓN ENTRE PATERNALISMO FUERTE Y DÉBIL.....	487
3.2. LA CRÍTICA AL PATERNALISMO FUERTE.....	489
3.3. LAS CONDICIONES DE JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO DÉBIL.....	492
3.3.1. LA IDONEIDAD Y LA NECESIDAD DE LA MEDIDA PATERNALISTA.....	494
3.3.2. LA INCOMPETENCIA BÁSICA DEL SUJETO TRATADO PATERNALISTAMENTE.....	497
3.3.3. EL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO RACIONAL A LA MEDIDA.....	506
3.4. APLICACIONES.....	510
4. CONCLUSIONES.....	514
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	518

PRESENTACIÓN

Esta tesis trata sobre el paternalismo en general y, especialmente, sobre el paternalismo jurídico. La noción de paternalismo apunta a una extrapolación del modelo de relación paterno-filial a otro tipo de relaciones sociales: por ejemplo, la relación entre el Estado y sus ciudadanos o entre el médico y el paciente. En particular, la analogía se construye no tanto sobre el aspecto del cuidado, como sobre el aspecto del control que entraña el ejercicio de la paternidad. Es la aplicación del modelo del poder paternal (la *patria potestas*) a otros ámbitos sociales lo que se cuestiona.

El problema del paternalismo es esencialmente práctico. El ejercicio de cualquier responsabilidad cuyo cumplimiento, parcial o totalmente, se oriente a promover o proteger el bienestar individual de otros pone de manifiesto que este bienestar puede ser puesto en peligro por los propios individuos. Ésta es una experiencia común entre los legisladores, médicos, profesores, abogados etc. La lucha contra la enfermedad, por ejemplo, se ve frustrada en muchas ocasiones por los hábitos de vida no saludables: pensemos en el consumo de tabaco, la mala alimentación o el sedentarismo. Me atrevería a decir que el paternalismo es una posibilidad abierta y con frecuencia practicada en cualquier ámbito de responsabilidad pública que se relacione directamente con el bienestar individual.

Frente a esta realidad, la ideología dominante en los países industrializados es claramente anti-paternalista. El valor otorgado a la autonomía individual, a la democracia

e, incluso, al sistema de libre mercado parecen descartar la posibilidad de encontrar supuestos de paternalismo justificado. Sin embargo, la persistente presencia de supuestos concretos de intervenciones que se nos presentan como plausiblemente justificadas, por un lado, y como paternalistas, por otro, desafían a esta corriente de pensamiento. El paternalismo adquiere, por ello, una extraordinaria relevancia teórica. A mi juicio, las implicaciones de la justificación del paternalismo constituyen, junto con una consideración profunda del alcance del principio de daño a terceros, una poderosa herramienta contra las diferentes teorías del Estado mínimo que emanan de esa fuente de muchos caños en que se ha convertido el liberalismo político.

El trabajo se articula en seis capítulos. En el primero, desde una perspectiva diacrónica, se trata de poner en su contexto la discusión actual. El carácter ineliminable del problema del paternalismo se muestra en la presencia del mismo desde la filosofía antigua hasta la más reciente. En los cuatro capítulos siguientes, se aborda el tema desde el punto de vista de una serie de autores. Todos ellos son importantes en relación con esta discusión y, además, reconocidos filósofos. Cada autor toma posición sobre el problema del concepto y la justificación del paternalismo. En general, puede decirse que hay unidad de fondo en los planteamientos y que las diferencias son sobre todo de énfasis y ajuste entre unos y otros. A pesar de que esto produce cierta reiteración en los planteamientos, al final creo que el resultado es positivo puesto que queda dibujado un mapa completo de dificultades y alternativas de solución. Además, a lo largo de la tesis van apareciendo análisis sobre cuestiones que atraviesan transversalmente otros temas fundamentales de la filosofía moral, política y jurídica: así, por ejemplo, sobre los conceptos de autonomía, consentimiento, actos auto-referentes, daño, beneficio, voluntariedad, coacción, engaño, incapacidad, enfermedad mental, racionalidad y razonabilidad, igualdad, explotación, principios y reglas, etc. Finalmente, se tratan problemas concretos de ética y política tan acuciantes hoy en día como son los de eutanasia, consumo de drogas, el consentimiento informado en medicina, límites a la libertad de contratar, reducción de riesgos en actividades peligrosas, etc. En el último capítulo – “Esbozo de una teoría del paternalismo”-, se hace un esfuerzo, espero que fructífero, por tomar posición en las cuestiones más importantes. Se trata de un capítulo que permite una lectura con independencia y unidad propias y que bien puede describirse como la tesis de la tesis.

El paternalismo es un problema muy difícil. De un lado, más allá de las connotaciones sugeridas por la analogía con la relación paternofamiliar, resulta extraordinariamente complejo precisar el concepto. De otro lado, el problema de la justificación de las prácticas paternalistas muestra conexiones con muchos aspectos controvertidos en la filosofía práctica. La búsqueda de la coherencia en este tema tiene, por ello, algo de ideal de imposible realización plena. Espero que el resultado de mi trabajo se haya aproximado un tanto, sin embargo, a ese ideal.

Debo agradecer a mis directores de tesis, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, y a mis compañeros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante la inestimable ayuda prestada, sin la cual este trabajo no se hubiera llevado a cabo. No me cabe duda de que lo que en él haya de valioso se debe a esta ayuda y que, sin embargo, los errores y lagunas son sólo imputables a mí. Igualmente, debo agradecer a la Fundación Caja de Madrid la generosa ayuda y colaboración prestada en el marco de su programa de Becas y Ayudas para proyectos de investigación. Desearía haber sabido corresponder con mi esfuerzo y dedicación al apoyo recibido.

CAPÍTULO I

Los antecedentes de la discusión actual sobre el paternalismo



1. Introducción

1.1. Origen y generalización del uso del término “paternalismo”

El término “paternalismo” es de origen anglosajón y en esta particular forma con sufijo en “ismo” se remonta al siglo XIX¹. El *Oxford English Dictionary* define “*paternalism*”, en una primera acepción, como “*el principio y la práctica de la administración paternal; el gobierno como un padre; la pretensión o el intento de suplir las necesidades o regular la vida de una nación o comunidad de la misma forma que un padre hace con sus hijos*”²; y, en una segunda acepción más general: “*el principio de actuar del modo como un padre en relación con sus hijos*”³. Este mismo diccionario señala como primeros ejemplos del uso del término algunos artículos periodísticos de finales del siglo XIX, que se referían al ámbito de las relaciones laborales y al de las relaciones entre las metrópolis y sus colonias⁴.

¹ El *Novissimo Digesto Italiano* recoge esta etimología de “paternalismo” para la lengua italiana: “*Con questa denominazione (che viene da paternus e più direttamente dall’espressione inglese ‘paternalism’)*...”. A su origen reciente también se refiere expresamente la *Enciclopedia GER*: “la aparición y empleo del término paternalismo –dice– es relativamente reciente y se puede afirmar que no es anterior al siglo XIX”, ed. Rialp, t. XVIII, Madrid, 1981, p. 40. La misma opinión puede encontrarse en las siguientes obras: Kleinig, John: *Paternalism*, ed. Manchester University Press, Manchester, p. 3; Diciotti, Enrico: “Paternalismo”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XVI, 2(1986), pp. 557-586; y Weil, François: “Les paternalismes aux Etats-Unis (1800-1930)”, en Erik Aerts, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, ed. Leuven University Press, Leuven, 1990.

² Voz “Paternalism”, en *Oxford English Dictionary*, ed. Oxford Clarendon Press, 1970, t.VII.

³ *Ibidem*.

⁴ Por ejemplo, en el *Chicago Times* de 11 de junio de 1881 podía leerse: “*There is nothing in the proposal that looks in the direction of paternalism, or the ownership and administration of industrial enterprises by the government*”; o en el *Standard* de 13 de abril de 1893: “*the old spirit of paternalism which induced the British lender to place the Australian States on a higher footing than foreign borrowers*”.

Por su parte, el *Diccionario de la Real Academia Española* lo define como “*La tendencia a aplicar las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a relaciones sociales de otro tipo; políticas, laborales, etcétera*”⁵. A lo que añade que es frecuentemente usado con carácter peyorativo.

El término comenzó a usarse principalmente en el contexto de ciertas prácticas sociales desarrolladas por los patronos en relación con sus trabajadores caracterizadas por la asunción de responsabilidades en la mejora de la calidad de vida del obrero, las cuales rebasaban con creces el cumplimiento de las condiciones contractuales en materia de salario y condiciones de trabajo⁶. Estas prácticas de los patronos, denominadas por la historiografía actual *paternalismo industrial*, tuvieron su apogeo en la segunda mitad del siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX, en todos los países industrializados, y en España resurgieron, además, desde 1940 hasta bien entrados los años sesenta, en el contexto de la dictadura franquista⁷. Es de destacar que, por ejemplo, en la *Enciclopedia Universal Ilustrada* de Espasa, publicada por primera vez en 1920, la única acepción que se incluye de “paternalismo” es, precisamente, la siguiente:

“*Régimen de relaciones entre el patrono y el obrero que, asimilándolas a las familiares, atribuye al patrono una especie de protección tutelar sobre sus obreros*”⁸.

Los ejemplos históricos de paternalismo industrial más importantes son las llamadas ciudades-fábrica. Paradigmáticos son los casos de *Pullman City* en los Estados Unidos, la *cit  Mulhouse* o *Le Creusot* en Francia, *Le Grand Hornu* en Bélgica, etc. En España cabe destacar el paternalismo practicado en las explotaciones mineras de Río

⁵ Voz “Paternalismo”, en *Diccionario de la Lengua Española*, ed. RAE, Vigésima Edición, 1986, t. II.

⁶ Se trataba de “la prestación de diversos servicios, con arreglo a las costumbres locales: protección económica y garantías relativas al pago de los gastos de asistencia médica del trabajador y su familia; servicios y suministros básicos, como vestido y alimentación; continuación de la nómina en periodos de recesión; vivienda; servicios religiosos; subsidios salariales, según el número de hijos o la antigüedad en el empleo, y otros muchos” (voz “Paternalismo”, en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, vol. 7., ed. Aguilar, p. 676 y s).

⁷ Dos recientes obras generales cubren conjuntamente ambos periodos para España: para la primera fase del paternalismo industrial: Sierra Álvarez, José, *El obrero soñado. Ensayo sobre el paternalismo industrial (Asturias, 1860-1917)*, ed. Siglo XXI, Madrid, 1990; en cuanto al período del franquismo: Babiano Mora, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España, 1938-1958*, ed. CES, Madrid, 1998.

⁸ Voz “Paternalismo” en *Enciclopedia Universal Ilustrada*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1966, t. 42.

Tinto en Huelva y en las empresas mineras asturianas como Hullera Española en Bustiello, Solvay en Lieres o Ensidesa en Avilés⁹.

A lo largo del siglo pasado, el término “paternalismo” ha tenido una considerable difusión tanto en el lenguaje ordinario como en el lenguaje propio de las ciencias sociales y de la filosofía práctica. El carácter metafórico de la idea de paternalismo, que es el que se limita a recoger la definición de la Real Academia Española, le proporciona una gran capacidad para encontrar nuevos usos y cargarse de diferentes significaciones, pero manteniendo una connotación mínima común de significado, que es la que se extrae precisamente de la analogía con las relaciones paterno-filiales. Aplicado a las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, Norberto Bobbio y Nicola Matteucci definen al paternalismo como

“una política social, tendiente al bienestar de los ciudadanos y del pueblo, que excluye la directa participación de los mismos: es una política autoritaria y al mismo tiempo benévola, una actividad asistencial para el pueblo, ejercida desde arriba, con métodos puramente administrativos”¹⁰.

Una definición todavía más general nos la ofrece Eligio Resta para quien el paternalismo es

“una técnica de gobierno caracterizada por comportamientos autoritarios, aunque benévolo, de los gobernantes en sus relaciones con los gobernados”¹¹.

Merece destacarse, por último, que en el mundo académico, el uso del término “paternalismo” alcanza, a partir de los años setenta del pasado siglo, una notable extensión en el ámbito de la historiografía social internacional¹² y de la filosofía jurídica

⁹ El caso de ENSIDESA corresponde al resurgimiento del paternalismo industrial registrado en la España franquista en los años cincuenta. Sobre el mismo, véase: Bogaerts, Jorge: *El mundo social de Ensidesa. Estado y paternalismo industrial (1950-1973)*, ed. Azucel, Avilés, 2000.

¹⁰ Voz “paternalismo”, en Bobbio, Norberto y Nicola Matteucci: *Diccionario de política*, ed. Siglo XXI, Madrid, 1982, pp. 1193 y 1194.

¹¹ Resta, Eligio: “Metáfora del contrato”, en *Doxa*, 5(1988), p. 227.

¹² José Sierra considera que la historiografía del paternalismo industrial se inicia en España en la segunda mitad de la década de los años setenta, cuando José Luís García e Ignasi Terradas, ambos antropólogos, abrieron la marcha con sus respectivas monografías acerca de las colonias textiles de La Montaña catalana y de los poblados mineros asturianos. Véase el prólogo de Sierra Álvarez a la obra: Bogaerts, Jorge: *El*

y moral anglosajona, hasta el punto de constituirse en un tema de investigación propio o, incluso, de materia de catalogación bibliográfica.

1.2. Breve descripción de la ideología del “paternalismo industrial”

La calificación como “paternalistas” de ciertas prácticas de los patronos decimonónicos suscita inmediatamente la sospecha de tratarse de un burdo enmascaramiento de la explotación de la fuerza de trabajo por el capital, en las relaciones de producción del capitalismo industrial. Es precisamente a la luz de estas relaciones de producción que se teorizó el propio concepto de explotación capitalista. Sin embargo, parece que debemos distinguir un primer paternalismo movido fundamentalmente por consideraciones prácticas y disfrazado toscamente de filantropía y una posterior ideología

mundo social de Ensidesa. Estado y paternalismo industrial (1950-1973), cit., p. 12. En cuanto a la historiografía internacional, Donald Reid ha llamado la atención sobre esta circunstancia: “En años recientes –dice Donald Reid- el paternalismo ha devenido uno de los conceptos más discutidos de la historia social. Mientras los historiadores de la mujer invocan al paternalismo y patriarcado para tratar de explicar las relaciones de dominación masculina, historiadores marxistas han encontrado el paternalismo útil para expandir sus análisis de la conciencia de clase. Eugene Genovese –continúa explicando Donald Reid- organizó su interpretación de la esclavitud en el sur de América en torno al paternalismo. Para E. P. Thompson, el fracaso de la ideología y práctica del paternalismo rural refuerza el desarrollo de una ‘lucha de clases sin clases’ en el siglo XVIII en Inglaterra. A pesar de la advertencia de Eugene Genovese de que el paternalismo es un concepto inapropiado para comprender la sociedad industrial, varios estudios recientes han identificado el paternalismo como un importante factor en la historia de los obreros de la industria durante el siglo XIX. Daniel Walkowitz y Tamara Haraven han analizado el paternalismo en las industrias textiles del norte de Nueva York y el sur de New Hampshire. Lawrence Schofer y David Crew han estudiado el paternalismo en la industria pesada alemana del siglo XIX, y Patrick Joyce ha sostenido recientemente su centralidad en la reestructuración de las relaciones de clase en la última industria textil victoriana. El paternalismo en la industria francesa ha atraído la atención de diferentes especialistas. En su *Paths to Authority*, Peter Stearns describió las instituciones asistenciales paternalistas que las tempranas compañías mineras, metalúrgicas y textiles francesas establecieron en respuesta a la escasez de mano de obra. Michelle Perrot, autor de un monumental estudio de las huelgas en Francia durante las dos primeras décadas de la tercera República, ha dirigido nuestra atención a otros aspectos del paternalismo, sosteniendo que ‘el paternalismo es un sistema de gerencia bastante sutil que necesita ser apreciado desde todos los ángulos –sociológico, político y simbólico’. El reciente reconocimiento de Michel Perrot –continúa Donald Reid- de que no prestó al paternalismo la suficiente atención en su trabajo sobre las huelgas es un signo claro del nuevo interés en la materia”. Véase: “Industrial Paternalism: Discourse and Practice in Nineteenth-Century French Mining and Metallurgy”, en *Comparative Studies in Society and History*, 1985, pp. 27-28. Abundante información bibliográfica sobre el paternalismo en la historiografía social se halla en la “Nota bibliográfica” de Sierra Álvarez, José: *El obrero soñado...*, cit., p. 263 y ss. E.P. Thompson también destaca la aparición del término paternalismo en la historiografía: “Se ha protestado con frecuencia –dice- que los términos ‘feudal’, ‘capitalista’ y ‘burgués’ son en exceso imprecisos e incluyen fenómenos demasiado vastos y dispares para hacerlos un servicio analítico serio. No obstante, ahora es constante el considerar útil una nueva serie de términos, tales como ‘preindustrial’, ‘tradicional’, ‘paternalismo’ y ‘modernización’”, que parecen susceptibles prácticamente de las mismas objeciones, y cuya paternidad teórica es menos segura”, en Thompson, E. P., “La sociedad inglesa del siglo XVIII: ¿lucha de clases sin clases?”, en *Tradición, revuelta y conciencia de clase (Estudios sobre la crisis de la sociedad preindustrial)*, ed. Crítica, Barcelona, 1979, p. 14.

(y práctica) paternalista de mayor calado teórico, con la elevada aspiración de situarse como alternativa tanto a los movimientos revolucionarios de izquierdas como al liberalismo de *laissez faire*.

Efectivamente, el paternalismo industrial tuvo en un principio un fuerte carácter pragmático. Los grandes patronos paternalistas pronto se dieron cuenta de que el libre mercado de la fuerza de trabajo era insuficiente para proveerles de una mano de obra estable, suficiente, cualificada y disciplinada. Los ingentes recursos humanos que requería la industria metalúrgica, textil o las actividades mineras exigió de los capitalistas una estrategia eficaz orientada a enraizar al obrero en la fábrica: fundamentalmente, a través de garantizarle el alojamiento y desarrollar instituciones de previsión como cajas de socorro y retiro (estas últimas condicionadas, claro está, a la permanencia del trabajador en la empresa). Por otro lado, y éste es un punto en el que vale la pena insistir, el conflicto con el liberalismo de *laissez faire* podía sortearse en tanto que se respetaba uno de sus principios fundamentales: el no intervencionismo del Estado. Incluso, paternalismo y no intervencionismo estatal se favorecieron mutuamente al atenuar el primero las peores consecuencias de la industrialización; parece ser, además, que todo intento de intervención estatal era adelantado por los patronos, y frustrado de esta manera, pues preferían ser ellos mismos quienes pusieran en marcha ciertas reformas sociales con tal de mantener alejado al Estado de sus fábricas (salvo cuando se trataba de disponer de la guarnición local para sofocar las revueltas).

La visión más materialista de la historia casa perfectamente con este primer paternalismo pragmático. Desde esta perspectiva conflictualista, los programas del “paternalismo industrial” cumplieron una función de dominación y una función ideológica. Por un lado, función de dominación por cuanto el sentido primordial del programa paternalista consistía en extender la disciplina fabril fuera de la fábrica: “la clave de las estrategias paternalistas –dice José Sierra- reside en el intento de disciplinar productivamente la mano de obra a través de intervenciones sobre el no-trabajo”¹³. A juicio de este autor, es precisamente este espacio de intervención, fuera del trabajo, lo que caracteriza al paternalismo frente a otras disciplinas industriales. Tres fueron los objetivos principales, nos explica, que buscó el patrono en el paternalismo: 1)

¹³ Sierra Álvarez, José: *El obrero soñado*, cit., p. 60.

reclutamiento y estabilización de la mano de obra, 2) disciplinamiento productivo de la mano de obra y 3) alejamiento de la mano de obra de la autoorganización obrera¹⁴. Por otro lado, función ideológica del paternalismo por cuanto enmascaró la dominación bajo la forma de intención benevolente, humanizadora o, incluso, bajo la forma del cumplimiento de un deber social que nacía de la superioridad de los ricos sobre los pobres. “Mítica duplicación de las metas del programa paternalista”¹⁵ que resultaba indispensable, subraya José Sierra, como “instrumento de legitimación social de las prácticas paternalistas”¹⁶ y como condición de eficacia de las mismas¹⁷.

Sin embargo, en el último tercio del siglo XIX, la expansión del socialismo y la inestabilidad social desafió a ese paternalismo práctico y de poco calado teórico a constituirse en una verdadera alternativa al socialismo. Fueron entonces los ideólogos católicos quienes insuflaron una mayor sustancia teórica a las prácticas paternalistas como el mejor medio para luchar contra la propagación de la izquierda revolucionaria y, en consecuencia, para garantizar la paz social compatible con el capitalismo¹⁸. Esta ideología contemporánea del paternalismo tuvo su versión más sofisticada en los pensadores católicos belgas y franceses, que son las fuentes de las que directamente se nutrieron los católicos sociales españoles.

¹⁴ Sierra Álvarez, José: *El obrero soñado*, cit. p. 77 y ss.

¹⁵ Sierra Álvarez, José: *El obrero soñado*, cit. p. 85.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Advierta el lector cómo se obtiene una definición materialista de “paternalismo”: el paternalismo sería una disciplina industrial que se distingue de otras por el espacio de intervención (más allá de las puertas de la fábrica) Esto tiene la indudable ventaja de ofrecer una condición de aplicación observable: la construcción de viviendas para los obreros, la creación de una escuela o de una caja de socorros son intervenciones sobre la fuerza de trabajo que se desarrollan fuera de la fábrica.

¹⁸ Como ya vimos, en los países industrializados no católicos también se dieron casos de paternalismo industrial. El paternalismo industrial ha estado en general vinculado a los llamados “valores cristianos” o, simplemente, a los valores tradicionales, entre los que indudablemente se encuentra la religión. En Suiza, por ejemplo, encontramos destacados casos de paternalismo industrial (por ejemplo, Le Coultre & Cie y Tavannes Watch Co., en el valle del Jura), caracterizado por el alejamiento de los grandes centros urbanos y “marcados en profundidad por la rigidez de la ética protestante y el principio de soberanía individual”; véase: Jequier, François: “Fondements éthiques et réalisations pratiques de patrons paternalistes en Suisse romande (XIXe – Xxe siècles)”, en Erik Aerts, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, cit., pp. 71-81. No obstante, la elaboración teórica del paternalismo más importante es, como veremos, la llevada a cabo por Frédéric Le Play y los autores católicos. Así, François Weil sostiene que en el caso de Estados Unidos, por ejemplo, las prácticas paternalistas “no fueron, en el siglo XIX, objeto de una reflexión teórica comparable a la que Frédéric Le Play llevó a cabo en Francia sobre el concepto de ‘patronage’”; en Weil, François: *Les paternalismes aux Etats-Unis (1800-1930)*, cit., p. 126. En España no hay duda de la vinculación entre paternalismo y doctrina social católica.

Quizá si no fuera por el predominio cultural anglosajón actual, a esta ideología conservadora se la denominaría todavía el “patronazgo” o “patronato”. Término que en su versión francesa, “*patronage*”, fue el concepto básico de la elaboración teórica del paternalismo francés en el siglo XIX, teniendo mucha más difusión que la palabra, recién nacida en aquel momento, de “*paternalisme*”¹⁹. Frédéric Le Play, figura clave de la doctrina paternalista, definió al “*patronage*” como una forma particular de relaciones sociales “mantenidas por un firme sentimiento de intereses y deberes recíprocos”²⁰, cuyo modelo son las relaciones familiares²¹.

El núcleo del desafío ideológico del paternalismo al socialismo era la negación de su visión conflictualista de la sociedad, y en particular de las relaciones de producción, proponiendo en su lugar un modelo de relaciones caracterizadas por este firme “sentimiento de intereses y deberes recíprocos”²², propugnado por Frédéric Le Play. El pensamiento de Frédéric Le Play aunaba tres elementos: doctrina católica, positivismo y conservadurismo liberal²³. Se trataba de llevar a cabo una “reforma social que eliminase las desigualdades sociales más sangrantes, generadas por la transformación capitalista de la economía, y abriese camino a la paz y a la estabilidad sociales, pero, siempre, dentro de unos límites que no traspasaran los principios marcados por el liberalismo político”²⁴.

¹⁹ Eliane Gubin afirma rotundamente que este término de “*patronage*” fue el único utilizado a lo largo del s. XIX, en Gubin, Eliane: “*Liberalisme économique et paternalisme en Belgique au XIXe siècle*”, en Erik Aerts, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, ed. Leuven University Press, Leuven, 1990, p. 82.

²⁰ Le Play, Frédéric: *Ouvres de F. Le Play*, Editions d'Historie et d'Art, 1941, p. 120. La cita está recogida de Sierra Álvarez, José: *El obrero soñado*, cit. p. 144.

²¹ También existe este término “*patronage*” en inglés y con un sentido amplio similar al propuesto por Frédéric Le Play. En un curioso ensayo dirigido a explicar al mundo anglosajón los modelos de “*patronage*” en la España interior en los años sesenta, Michael Kenny incluye bajo esta denominación la vinculación entre algunos santos (el patrón) o la Virgen y todo tipo de comunidades, la tradición de nombrar padrinos a los hijos, el caciquismo rural, el nepotismo y clientelismo urbano, etc, en Kenny, Michael: “*Patterns of Patronage in Spain*”, en *Anthropological Quarterly*, vol. 33, nº1 (January, 1960), pp. 14-23.

²² Le Play, Frédéric: *Ouvres de F. Le Play*, cit., p. 120. La cita está recogida de Sierra Álvarez, José: *El obrero soñado*, cit. p. 144.

²³ Sobre la obra de Frédéric Le Play sigo el artículo de Garayo Urruela, Jesús M^a: “*La recuperación de Frédéric Le Play*”, en *Reis*, 93/01, pp. 27-59.

²⁴ Garayo Urruela, Jesús M^a: “*La recuperación de Frédéric Le Play*”, cit., p. 33. Es necesario advertir que este autor utiliza la expresión “*liberalismo político*” cuando, a mi juicio, debería haber dicho “*liberalismo económico*” o “*liberalismo de laissez faire*”.

En esta búsqueda por la paz y la estabilidad sociales, la conclusión a la que llegó Frédéric Le Play es que éstas emanaban fundamentalmente de las instituciones privadas, entre las cuales la familia troncal y el patronazgo eran las más idóneas. El patronazgo se caracterizaba por “enlazar por el establecimiento de relaciones más o menos estrechas un determinado número de familias pobres a otra rica, que mediante protección y trabajo, le garantiza el sustento diario y la supervivencia vital”²⁵. Esta teoría combinaba elementos de Saint-Simon y del catolicismo social de manera que la autoridad social correspondía a un “buen pastor” que siempre había de respetar el decálogo²⁶.

La calificación del pensamiento de Frédéric Le Play como de “conservadurismo liberal” o “compatible con el liberalismo político” merece una aclaración. Por un lado, la doctrina católica social se oponía, en razón de su conservadurismo, a la ideología política, a veces denominada “liberal”, que propugnaba el laicismo de las instituciones públicas y la neutralidad del Estado en materia religiosa. Humanistas laicos y social católicos discrepaban fuertemente en torno al fundamento del deber de mejorar las condiciones de vida del proletariado, aunque coincidieran en la existencia de tal deber: frente al valor otorgado a la autonomía individual por el liberalismo, la clave del pensamiento social católico es la caridad. Por otro lado, el social-catolicismo estaba del lado del liberalismo de *laissez faire* por su defensa del capitalismo, la propiedad privada y, sobre todo, por su inicial respeto al principio de la no intervención estatal (en este sentido, eran igualmente liberales). Más adelante, la paulatina aceptación por parte de los reformistas social católicos de un creciente intervencionismo estatal en cuestiones sociales, produjo una mayor diferenciación política con un grupo de “liberales” que, además de con el laicismo, seguían profundamente comprometidos con el no intervencionismo estatal.

La idea de un “paternalismo liberal” es mucho más reconocible en el ingeniero filósofo Émile Cheysson que en su maestro Frédéric Le Play. El primero trató de combinar la benevolencia patronal con el reconocimiento de una mayor autonomía para el obrero, por medio de la articulación de instituciones de encuentro entre patronos y

²⁵ Garayo Urruela, Jesús M^a: “La recuperación de Frédéric Le Play”, *cit.*, pp. 37 y 38.

²⁶ Garayo Urruela, Jesús M^a: “La recuperación de Frédéric Le Play”, *cit.*, p. 38.

obreros (todavía a las afueras del Estado). A su juicio, el *patronazgo* siempre presupone la unión del patrón con sus obreros y un sentimiento favorable a sus intereses, pero adopta muy diversas formas según el rol que el patrón desempeña frente a ellos: “los unos –dice Émile Cheysson- quieren tratarlos como un coronel a sus soldados; los otros como un padre a sus hijos. Pero se subdividen estos mismos en padres del antiguo o del nuevo testamento, o más bien del antiguo o del nuevo régimen. De aquí, tres variedades principales del patronazgo que yo llamaré el patronazgo militar, el patronazgo patriarcal y el patronazgo liberal”²⁷. Tanto en el patronazgo militar como en el patriarcal el patrono conserva toda su autoridad sin delegar ni un ápice de ella en los propios obreros; aunque en el patriarcal el ejercicio de esta autoridad se mitiga por la benevolencia. El patrón liberal, por el contrario, ha abandonado el proceder autoritario característico de la relación con los menores de edad y sabe “que el obrero está emancipado y ya no admite hoy en día que, aunque sea por su bien, se produzca el menor atentado a su independencia, de la cual está orgulloso y celoso”²⁸. Émile Cheysson busca el equilibrio entre el necesario paternalismo y el máximo acercamiento al respeto de la autonomía de los obreros. Cada una de las instituciones paternalistas más importantes reflejan esta tensión.

En las *cajas de pensiones* la elección se plantea en torno a la imposición de un plazo de permanencia en la empresa para beneficiarse de ellas (de manera que una salida anticipada no da derecho a recuperar las cantidades aportadas), o la restitución sin condiciones a voluntad del trabajador. La solución apuntada por Émile Cheysson es la “cartilla individual”, donde se consignan las cantidades individualmente aportadas para

²⁷ Cheysson, Emile: “L’ evolution du patronage”, en *La reforme sociale*, 1892 (2), p. 170.

²⁸ Cheysson, Emile: “L’ evolution du patronage”, *cit.*, p. 171. En relación con la historia del paternalismo en Alemania encontramos una distinción equivalente a ésta que es la que se hace entre *paternalismo* y *proteccionismo* (*protectoralism*), ambos conceptos incluidos en el genérico de patriarcalismo. De un lado, el *paternalismo*, realizado en la práctica por los empresarios del carbón, hierro y acero Stumm y Krupp, consistía en trasladar la organización militar a la gestión de la fábrica: la creencia del patrón es que el obrero carecía del entendimiento y la voluntad necesarios para conducirse por sí mismo. Stumm impuso una disciplina militar sobre sus trabajadores y un estricto control que alcanzaba a cosas tales como el derecho a consentir el matrimonio de sus trabajadores, prohibir la lectura de ciertos periódicos o el acudir a tabernas donde estuvieran disponibles, etc. Por otro lado, sus obreros eran los mejores pagados del sector y contaban con escuelas, guarderías o ayudas para construir sus propias casas. De otro lado, el *proteccionismo* era más moderado y más centrado en la pedagogía, basado en la idea de que el obrero era *transitoriamente* inmaduro. Un ejemplo de proteccionismo fue la gestión llevada a cabo por *Bayer & Co.*, donde los obreros participaban de la administración de la protección social facilitada por la empresa. Véase: Schulz, Günther: “Industrial Patriarchalism in Germany”, en Erik Aerts, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, *cit.*, pp. 62-70.

proceder a una eventual restitución antes de tiempo. Sin embargo, el paternalismo reclama que esta renuncia a la total pérdida de derechos por incumplimiento de las condiciones de la caja de pensiones se haga evitando

“que se vuelva contra el obrero y el patrón y dañe la estabilidad de sus relaciones. Si la fábrica restituyera a caja abierta –dice Cheysson-, y en vista del primer requerimiento, el peculio inscrito en la cuenta del titular gracias al juego de las instituciones patronales, sería una facultad peligrosa para el obrero que estaría tentado de usarla a cada asalto de una necesidad apremiante, de una pasión, de un simple capricho. Por un juego de placer, una vuelta al cabaret con los camaradas, hay quien abandonaría el taller y dilapidaría en pocas horas los fondos tan laboriosamente reunidos moneda a moneda, en vista de su vejez”²⁹.

La “cartilla individual”, por el contrario, no es directamente consumible, no es dinero, sino el título para reclamarlo (lo cual lleva inevitablemente un tiempo).

A propósito del *suministro de todo lo necesario para la vida* de los obreros la alternativa (dejando al margen el odioso sistema de *truck-system*³⁰) aparece entre el economato (“tienda patronal abierta en interés exclusivo de los obreros”³¹) o la cooperativa gestionada por los propios obreros. El economato es una amenaza para los comerciantes locales porque vende a precio de coste, favorece la imprevisión de los obreros que compran fiado sin reparar en la merma excesiva que eso supondrá en la paga, los obreros se “imaginan o se dejan persuadir” que están obligados a comprar en el economato o que incluso, por medio de la contabilidad de la tienda, son controlados en sus consumos. Por el contrario, en la cooperativa de consumo el obrero compra a precios de mercado, participa en la gestión y, lo que es más importante, en los beneficios; recibiendo al final de ejercicio una cantidad de bonos dependiendo de las ventas, que son un pequeño germen de previsión obrera para los momentos de carestía.

²⁹ Cheysson, Emile: “L’evolution du patronage”, *cit.*, p. 179.

³⁰ Pago al trabajador con vales intercambiables por productos fabricados o distribuidos por la propia empresa.

³¹ Cheysson, Emile: “L’evolution du patronage”, *cit.*, p. 180.

Con el *alojamiento*, igualmente, hay dos formas de operar con los obreros por parte del patrono: “actuar solo o provocar la acción de los obreros”³²: alquilar simplemente a bajo precio las casas o, por ejemplo, prestar el dinero necesario para construirse una casa, una vez que el obrero ha demostrado su responsabilidad ahorrando cierta suma, quizás el valor del terreno, pero dejando en sus manos la iniciativa y realización del proyecto.

En conclusión, la forma “discreta y liberal” del patronazgo, dice Emile Cheysson, es aquella que trata de “emancipar al obrero de la tutela patronal”³³.

Como vemos, ambas nociones, el patronazgo patriarcal y el liberal, se conciben relacionadas con la distinción entre asistencia y previsión. La asistencia es el paradigma de la estrategia del Antiguo Régimen en relación con los pobres; se trata de la “sopa boba”, del socorro para las situaciones más graves de necesidad. La asistencia es un remedio. La previsión, por el contrario, es un principio de gestión social, que mira hacia el futuro. Aunque, en todo caso, la clave de distinción entre uno y otro tipo de patronazgo reside en “la participación de los obreros en los cargos y en la gestión de las instituciones establecidas en su favor”³⁴.

Históricamente, el paternalismo liberal sucedió al patriarcal con el cambio de siglo. Como ya constatará Emile Cheysson, la resistencia y la lucha obreras por el control de las instituciones patronales arruinaron al paternalismo (patronazgo) patriarcal y también dejaron una frágil base para la estabilización del paternalismo liberal. Cuando y donde el sindicalismo de masas haga que el paternalismo, aún el liberal, no cumpla una función de pacificación social éste se extinguirá.

Las anteriores consideraciones históricas revelan que las intervenciones paternalistas eran interpretadas por los propios actores de tres maneras. Con mucha

³² Cheysson, Emile: “L’evolution du patronage”, *cit.*, p. 185.

³³ Cheysson, Emile: “L’evolution du patronage”, *cit.*, p. 187.

³⁴ Cheysson, Emile: “L’evolution du patronage”, *cit.*, p. 171. Sierra Álvarez destaca la diferente percepción del obrero que cada forma de patronazgo implica: en el paternalismo patriarcal no hay participación del obrero en absoluto, porque ésta es imposible pues se veía al obrero “como un salvaje, como un niño, como un menor incapaz de valerse por sí mismo”; mientras que en el paternalismo liberal hay alguna medida de participación obrera: el obrero es visto como “un ser (casi) civilizado, un (casi) adulto capaz de atender adecuadamente a sus propias necesidades”, en Sierra Álvarez, José: *El obrero soñado*, *cit.* p. 147.

frecuencia, a estas acciones se les atribuía el sentido de ser necesarias para el progreso económico y social. El paternalismo era, simplemente, una nueva estrategia para disponer de una mano de obra en condiciones óptimas para la producción industrial y no estaba orientado a beneficiar a los obreros. Los mismos “científicos sociales” que propugnaban la tesis de la conveniencia de mantener el salario en el umbral de la subsistencia, porque el obrero gastaba inadecuadamente lo poco que le sobraba tras cubrir las necesidades más elementales (por ejemplo, bebiendo en la taberna), se convirtieron en defensores de la ciudad paternalista como una mejor manera de controlar los *malos hábitos* del obrero, es decir, todos aquellos que pudieran interferir con la producción. En otras ocasiones, aunque no necesariamente por personas diferentes, al paternalismo se le atribuía el sentido de una acción benevolente, guiada por el bien del obrero, orientada a satisfacer las “necesidades reales” del proletariado (no las subjetivas, desde luego). Esta atribución de sentido de las propias acciones paternalistas como benevolentes se prestaba a dos importantes interpretaciones, según se considerara que tales acciones eran meramente altruismo, resultado de un comportamiento loable, virtuoso, pero no exigible por los beneficiados o, por el contrario, acciones morales vistas como cumplimiento de un deber social (de caridad) de las clases privilegiadas fundado en su propia superioridad.

En España, la influencia de Frédéric Le Play está claramente presente en la obra del pensador católico Severino Aznar Embid³⁵, cuyo punto de partida ideológico fueron las encíclicas *Rerum Novarum* (1891) de León XIII y *Quadragesimo Anno* (1931) de Pío IX. En su obra reaparecen los elementos ya señalados en el caso de Frédéric Le Play: “teoría social basada en la doctrina católica, positivismo metodológico y reformismo social de índole moral articulado en torno a la familia y a la difusión de la propiedad corporativa”³⁶. Los católicos sociales, junto con krausistas y, en menor medida, socialdemócratas constituyeron el núcleo de reformadores españoles que dieron lugar a las primeras instituciones del Estado del Bienestar³⁷.

³⁵ Véase, igualmente: Garayo Urruela, Jesús M^a: “La recuperación de Frédéric Le Play”, *cit.*, pp. 51 y ss.

³⁶ Garayo Urruela, Jesús M^a: “La recuperación de Frédéric Le Play”, *cit.*, p. 55.

³⁷ Moreno, Luis y Sebastià Sarasa: “Génesis y desarrollo del Estado del Bienestar en España”, ed. Instituto de Estudios Sociales Avanzados, *Documento de Trabajo 92-13*, p. 4. Me he basado principalmente en este artículo para resumir la evolución del pensamiento católico social en España.

Los católicos sociales españoles del primer tercio del siglo XX fueron una corriente minoritaria del catolicismo español y no lograron, a diferencia de belgas y franceses, generar un movimiento democristiano amplio y estable³⁸. La idea fundamental de su programa de reformas era no aceptar a todas las desigualdades como “naturales”, lo cual no los convertía ni mucho menos en niveladores, ni les acercaba al ideal socialista de la igualdad. Pero sí que se alejaban notablemente de la ortodoxia católica al defender enfáticamente la función social de la propiedad e, incluso, la legitimidad de su expropiación por razones de interés público³⁹.

Tras la Guerra civil española, la Iglesia católica participó decisivamente en la consolidación de la dictadura franquista. El paternalismo social ofrecía al régimen el fundamento de una política anti-liberal y anti-socialista. Misión de construcción ideológica compartida, no sin tensiones, con el fascismo falangista. Durante los terribles años cuarenta, se trató de la versión más conservadora del paternalismo: el paternalismo patriarcal al que se refería Émile Cheysson. Patriarcalismo, por cierto, también en el sentido de régimen de discriminación social de la mujer, que se mantendría durante toda la dictadura.

Transcurrida la década de los años 40 algunos católicos españoles trataron de recuperar el catolicismo social anterior a la guerra. Sobre todo a partir de 1953, tras la firma del Concordato con la Santa Sede, ideólogos como Ángel Herrera Oria, también muy influyente en la etapa anterior, comenzarían a esbozar algunas críticas al régimen. El retorno a la idea de paternalismo liberal se manifiesta claramente en la potenciación de las organizaciones obreras católicas: Juventudes Obreras Católicas (JOC) y las Hermandades Obreras de Acción Católica (HOAC), y en el activo apoyo, por parte de los católicos, a la Ley de 24 de abril de 1958 sobre Convenios Colectivos Sindicales. Se confiaba en que estas organizaciones obreras constituyesen el sindicalismo católico que acompañara a un futuro partido democristiano tras la caída del régimen⁴⁰.

³⁸ *Ibidem*. Sobre esto, véase: Tusell, Javier: “Historia de la democracia cristiana en España”, en *Cuadernos para el diálogo*, Madrid, 1974.

³⁹ Moreno, Luis y Sebastián Sarasa: “Génesis y desarrollo del Estado del Bienestar en España”, *cit.*, p. 5.

⁴⁰ Moreno, Luis y Sebastián Sarasa: “Génesis y desarrollo del Estado del Bienestar en España”, *cit.*, pp. 13 y 14.

Esta doctrina conservadora sobre la cuestión social evolucionó acercándose a la izquierda, podría decirse, y ello sobre el rechazo a la propia definición en términos de “paternalismo”. Las vicisitudes de esta evolución en España se manifiestan claramente en el breve ensayo del sociólogo católico Ignacio Fernández de Castro: *Del paternalismo a la justicia social*⁴¹, publicado en 1956. Ignacio Fernández de Castro trata de fundamentar la doctrina social de la Iglesia a través de una crítica a la situación social de España en los años cincuenta. Nos presenta un análisis de la sociedad capitalista en términos conflictualistas, como el resultado de una tensión entre asalariados y no-propietarios, por un lado, y patronos y propietarios, por otro; y un análisis marcadamente funcionalista de la época precapitalista⁴² y de un posible futuro en el que sustituyendo los principios cristianos a los principios capitalistas, las necesidades de todos los hombres encontrarían adecuada satisfacción.

El autor se pregunta si el paternalismo, que de hecho se extendía entre las empresas españolas, era una buena solución a la cuestión social y se apoya en Ángel Herrera Oria para dar una respuesta negativa: “el paternalismo social es inadmisibile, porque ofrece a título de caridad una parte de lo que se debe de justicia y coloca al patrono en una usurpadora posición protectora que ofende a la dignidad del obrero y es un irritante sucedáneo de justas reformas sociales”⁴³. Aunque esto no implica que el paternalismo no pueda ser considerado como un “progreso en la formación de la conciencia patronal”⁴⁴ y que no quepa distinguir entre un buen y un mal paternalismo. El buen paternalismo es el cristiano y se funda en el amor al prójimo junto con la constatación de las *desigualdades naturales* entre los hombres. El mal paternalismo, el efectivamente realizado por los empresarios, trata como desigualdades naturales lo que son, en realidad, *desigualdades*

⁴¹ Fernández de Castro, Ignacio: *Del paternalismo a la justicia social*, ed. Euramérica, Madrid, 1956.

⁴² “Las riquezas y los bienes materiales en la época que podemos llamar precapitalista –dice Ignacio Fernández de Castro-, antes de que esta transformación se llevase a cabo [el capitalismo], tenían el destino que por naturaleza les estaba asignado: cubrir las necesidades múltiples de los hombres. Su finalidad, su sentido, era social: facilitar la subsistencia a los seres humanos y atender a sus necesidades corporales, para que de esta forma los hombres, seres situados en una escala superior a las bestias, pudieran cumplir, a su vez, finalidades más altas de orden espiritual, para las que están directamente destinadas por el Creador y ordenador de todas las cosas”, en *Del paternalismo a la justicia social*, cit. pp. 44 y 45.

⁴³ Fernández De Castro, Ignacio: *Del paternalismo a la justicia social*, cit., p. 54. La obra de Ángel Herrera es *La Palabra de Cristo*.

⁴⁴ *Ibidem*.

artificiales, impuestas por la injusticia: “la desigualdad –dice Ignacio Fernández de Castro- requisito previo indispensable para que la relación paternalista se realice, es necesario que sea una desigualdad natural, impuesta por la misma naturaleza, derivación necesaria, forzada, de la ley natural, que no sea en definitiva una desigualdad injusta”⁴⁵.

El paternalismo industrial ha devenido un proyecto injustificable e ineficaz, concluye Ignacio Fernández de Castro, porque los obreros “ya no aceptarán nunca la vuelta a unas formas paternalistas, aun cuando fueran totales y sinceras por parte de los patronos y vinieran precedidas del absoluto abandono de los principios capitalistas, sino que exigirán siempre una reforma más justa y acorde con las necesidades de los tiempos actuales y considerarán toda tentativa paternalista como un irritante sucedáneo de estas justas reformas que están pidiendo los tiempos”⁴⁶.

Como conclusión a este apartado puede decirse que en la Europa de principios del siglo XX, en el espacio ideológico que se abría entre las doctrinas revolucionarias y el liberalismo librecambista decimonónico, se dieron tres grandes corrientes ideológicas *en torno a la cuestión social*: conservadurismo católico, liberalismo igualitario y socialdemocracia⁴⁷.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Fernández De Castro, Ignacio: *Del paternalismo a la justicia social*, cit., p. 68.

⁴⁷ Tomo la expresión de “liberalismo igualitario” de C. S. Nino, quien lo define como el liberalismo “que propugna un Estado comprometido con la promoción de la autonomía de los menos favorecidos” y lo contrapone al “liberalismo pasivo o clásico que es partidario del Estado mínimo o gendarme”, en Nino, C. S.: *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 314. Una distinción aproximadamente coincidente con ésta es la que se hace entre liberalismo en su acepción americana y liberalismo en su acepción europea. Ronald Dworkin denomina a este liberalismo americano con la expresión “*New Deal liberalism*” en atención a su origen; a su juicio, en la época del *New Deal* se formó un grupo que defendía un conjunto de posiciones políticas “que combinaban el énfasis en una menor desigualdad y mayor estabilidad económica con mayor abundancia de libertades políticas y civiles para los grupos que entonces reivindicaban esos objetivos”. A juicio de Ronald Dworkin la modificación de posiciones políticas de los liberales en torno al *New Deal*, (y de nuevo tras la guerra de Vietnam) no da la razón a los escépticos sobre la posibilidad de encontrar alguna tesis de moralidad política que dé unidad al liberalismo. A su juicio, sí existe una moralidad política fundamental liberal; lo que revela que este cambio de liberalismo clásico o librecambista al *New Deal liberalism* no fue un cambio en la moralidad política fundamental sino “más bien cambios de opinión y circunstancia que hicieron dudoso si las viejas estrategias para aplicar esta moralidad eran correctas”. Como es sabido, Ronald Dworkin sostiene que cierta idea de la igualdad es el elemento constitutivo de la posiciones políticas liberales; a su juicio, se trata de la idea de que el Estado debe tratar a sus ciudadanos con igual consideración y respeto, interpretado esto de manera que “las decisiones políticas deben ser, en la medida de lo posible, independientes de cualquier concepción de la buena vida, o de lo que da valor a la vida”. Véase: Dworkin, Ronald: *Ética privada e igualitarismo político*, ed. Paidós, Barcelona, 1993. Un estudio del significado del término “liberalismo” que describe toda su complejidad puede encontrarse en la voz “liberalismo” del *Diccionario de política* de Norberto Bobbio y Nicola Matteucci (ed. Siglo XXI, Madrid, 1982), donde se abordan las diferencias geográficas, temporales

El socialismo reformista y el conservadurismo católico (paternalismo cristiano) son doctrinas antitéticas en algunas de sus tesis fundamentales: lucha de clases frente a intereses comunes entre patronos y obreros, apropiación de los medios de producción frente a participación en los beneficios, justicia social frente a filantropía, participación obrera frente a paternalismo patriarcal, sindicato de clase frente a paternalismo liberal, emancipación obrera, en fin, frente a tutela empresarial. Sin embargo, ambas doctrinas confluyen contra el liberalismo librecambista en dos tesis esenciales: la prioridad de la satisfacción de ciertas necesidades básicas y la concepción del Estado como benefactor. En la defensa de esta última tesis, el catolicismo social ha variado mucho de unos países a otros: mientras que en Bélgica fueron los gobiernos católicos quienes promulgaron, a finales del siglo XIX, una temprana legislación social⁴⁸; en España, el tradicional monopolio de la Iglesia católica en la asistencia social favoreció una defensa más débil del intervencionismo estatal por parte de los católicos, que en esto se distinguían claramente del fascismo falangista. No obstante, después de la Gran Depresión de 1929 y, radicalmente, tras la Segunda Guerra Mundial, pocos tomaban en serio el ideal abstencionista del liberalismo decimonónico, por lo que era inevitable que socialdemócratas, democristianos y liberales igualitarios practicasen más o menos las mismas políticas sociales. En España, el final de la influencia del pensamiento católico social se produjo con la llegada de la democracia.

2. La analogía entre el poder paternal y el poder político

y de perspectiva que afectan al significado del término. Con respecto al enfrentamiento del liberalismo occidental con la cuestión social a la que se hace referencia en el texto (el tránsito del liberalismo librecambista al que se ha denominado igualitario) Nicola Matteucci señala que se produjo un desplazamiento del énfasis en las *libertades de* (de religión, palabra, prensa, etc.) a “las *libertades respecto de* (o sea de las carencias, del miedo, de la ignorancia), y para la consecución de estos fines que estaban en la lógica universalista del liberalismo, se renunció al dogma de la no intervención del Estado en la vida económica y social. Para el liberalismo –continúa Nicola Matteucci– el problema de conciliar la libertad económica y la justicia social (o el socialismo) se ha presentado, por ejemplo, no como un problema ético –donde los valores no están disponibles– sino como un problema práctico de correspondencia de los medios con los fines; y de este modo ha podido hacer una notoria contribución realista al reformismo democrático”, en *op. cit.*, pp. 927 y 928.

⁴⁸ Véase: Nandrin, Jean-Pierre: “Les libéraux et la genèse du droit social en Belgique. Peut-on parler d’un modèle paternaliste liberal?”, en Erik Aerts, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, *cit.*, pp. 94-104.

Hemos visto que el término “paternalismo” nace, como palabra de uso ordinario, en el siglo XIX en el contexto de las relaciones patrono-obrero y, como concepto de la filosofía y la historiografía social, su uso se generaliza en el último tercio del siglo XX, pero la analogía entre el *poder paternal* y otras formas de poder es una idea mucho más antigua. Bien pudiera decirse que el “paternalismo” es un término nuevo pero un concepto muy antiguo⁴⁹.

Según una analogía clásica de la filosofía política, la relación entre el soberano y el súbdito es como la relación entre el padre y el hijo. Se trata de una analogía en el sentido de Chaïm Perelman, es decir, de una semejanza de relaciones: *A es a B*, lo mismo que *C es a D*⁵⁰; a partir de la cual se derivan metáforas tales como las que establecen que “el rey es padre de los súbditos”, “los súbditos, hijos del rey”, “el Estado es una gran familia”, “la familia, un pequeño Estado”, “el padre es el Señor de la familia”, etc.

La analogía puede funcionar como un argumento en tanto que uno de los pares de términos comparados, llamado “foro”, sea mejor conocido o esté más claramente (in)justificado que el otro par de términos, llamado “tema”. “El foro –explica Atienza– permite aclarar la estructura o establecer el valor del tema”⁵¹. La analogía paternalista se dirige a aclarar la naturaleza y/o justificación del poder político, por medio de ponerla en relación con la más conocida naturaleza y/o justificación del poder que el padre ejerce sobre sus hijos.

La importancia que en la filosofía política tienen las analogías y metáforas es de sobra conocida. En ella se ha producido una dialéctica constante (y milenaria) entre analogías competitivas donde al *tema* del poder político se le han arrimado diferentes *foros*: por ejemplo, la relación del médico con el paciente, del piloto con su nave, del artista con su obra, del amo con el esclavo, de la mente sobre los miembros del cuerpo

⁴⁹ Eligio Resta ha enfatizado la amplitud del horizonte semántico del concepto de paternalismo: “lo bastante amplio –dice el autor– para hacer oscilar el término paternalismo tanto en sus determinaciones históricas como en las estructurales, y de ese modo poder ser empleado ya sea en relación al soberano iluminado del setecientos europeo o en relación con el asistencialismo del *welfare*”; en Resta, Eligio: “Metáfora del contrato”, en *Doxa*, 5(1988), p. 227.

⁵⁰ Véase: Perelman, Chaïm y Lucie Olbrecht-Tyteca: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, ed. Gredos, Madrid, 1989.

⁵¹ Atienza, Manuel: *Las razones del Derecho (Teorías de la argumentación jurídica)*, ed. CEC, Madrid, 1993, p. 79.

humano, de las partes contratantes entre sí o con respecto a un mandatario, etc⁵². A continuación, trataré, en primer lugar, de aclarar el foro de la analogía paternalista y, en segundo lugar, me ocuparé brevemente de algunas funciones importantes que ésta ha cumplido en la teoría política, guiado únicamente por el objetivo de poner a la discusión actual en su contexto ideológico.

2.1. El foro de la analogía paternalista: poder paternal y patriarcado

El foro de la analogía paternalista es el poder paternal. El interés tradicional de la teoría política por estudiar y describir sus rasgos reside en considerar al poder paternal como una dominación conforme a la naturaleza de las cosas: el padre naturalmente es quien debe gobernar la casa, por su mayor edad, y su gobierno es justo porque el padre naturalmente gobierna en interés de sus hijos, por el amor que siente por ellos. Es fácil advertir la fuerza persuasiva de la analogía paternalista para tratar de legitimar otros ejercicios de poder diferentes y menos obviamente conectados con lo que es “conforme a la naturaleza”.

¿Cuáles son los rasgos principales del poder paternal? Hay dos aspectos que deben ser distinguidos: el título de adquisición característico del poder paternal y su modo característico de ejercicio.

En cuanto al título del poder paternal, según una división tradicional de los tipos de poder, que parte de Aristóteles, y que distingue entre: a) el poder del padre sobre el hijo: *poder paternal*; b) el poder del soberano sobre los súbditos: *poder civil*; y c) el poder del amo sobre los esclavos: *poder despótico*; al poder paternal le corresponde un título de adquisición *ex generatione*; mientras que al poder civil le corresponde un título *ex consensu* y al poder despótico un título *ex delicto*. El título *ex generatione* implica que los individuos, por el simple hecho del nacimiento, se encuentran sujetos al poder del padre (o de los progenitores, según la crítica de John Locke que veremos). Poder paternal y poder despótico aparecen como *naturales* frente al ambiguo carácter del poder civil.

⁵² Sobre estas analogías en relación con el problema del paternalismo, véase: Fotion, N.: “Paternalism”, en *Ethics*, 89 (1979).

En cuanto al modo de ejercer el gobierno, hay dos rasgos centrales: uno, desigualdad natural y, dos, estar constituido en interés de los hijos. Estos dos rasgos están también presentes en la caracterización que Aristóteles hace del poder paternal y son, además, los criterios que el filósofo usa para distinguirlo de los otros dos tipos de poder: el del amo sobre los esclavos, también ejercido sobre los que no son iguales pero en beneficio del amo; y el del gobernante sobre sus gobernados, que es ejercido sobre los que son iguales y tanto en beneficio propio como en beneficio de los gobernados.

El cumplimiento de la finalidad del poder paternal: proteger, satisfacer las necesidades y educar a los hijos está garantizado por el amor que los padres experimentan hacia sus hijos. Lo importante a destacar aquí es que esta benevolencia imposibilita el conflicto de intereses entre padres e hijos y hace inapropiada la limitación jurídica de la autoridad paternal.

2.2. El tema de la analogía paternalista

Correlativamente a los dos aspectos del foro de la analogía recién mencionados, los dos temas principales en la analogía del poder paternal con el poder político son el del título para gobernar y el del modo de gobernar. Las relaciones entre estos dos temas son complejas desde el punto de vista teórico, fundamentalmente porque hay modos de entender el título que afectan al juicio sobre el modo de gobierno y viceversa⁵³. No

⁵³ Liborio Hierro ha propuesto una clasificación de tres escenarios teóricos principales que ordenan de manera diferente la relación entre la legitimidad, sobre quién debe gobernar, y la justicia, cómo se debe gobernar. A su juicio, el primer escenario es aquel en el que el problema de quién hace las leyes, la legitimidad, resulta irrelevante, o secundario, a efectos de la justicia, porque es “posible establecer (o acceder al conocimiento de) las evaluaciones necesarias para dar respuesta a las condiciones de la justicia conmutativa y de la justicia distributiva”; éste es el escenario de, por ejemplo, el “iusnaturalismo ontológico”. El segundo escenario es aquel “en el que no resulta posible establecer (o acceder al conocimiento de) las evaluaciones necesarias para dar respuesta a las condiciones de la justicia conmutativa y de la justicia distributiva”, de manera que el problema valorativo estriba en determinar “quién tiene autoridad moral (legitimidad) para establecer el orden legal”. La ley se convierte en criterio de justicia distributiva y conmutativa y la ley es legítima si quien la dicta tiene legitimidad para hacerlo; éste es el escenario de, por ejemplo, la concepción democrática de Rousseau. Aquí el problema “primario y definitivo” es quién hace las leyes. Por último, un tercer escenario, “es el que admite que pueden establecerse de algún modo criterios de justicia distributiva y de justicia conmutativa pero que, además, el soberano requiere un criterio de legitimidad”; el ejemplo es el “iusnaturalismo deontológico en su forma más madura”. Aquí aparecen dos “especificaciones distintas: la de las posiciones básicas que corresponden por naturaleza a los agentes y que el orden legal debe garantizar y la del criterio de legitimidad del poder. Entre ambas –continúa Hierro– se produce una estrecha interdependencia: ni un gobierno está justificado, aunque garantice los derechos, si no es consentido; ni un gobierno está justificado, aunque sea consentido, si no garantiza los derechos”. Hierro, Liborio L.: “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en *Estado, justicia, derechos*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 26 y ss.

obstante, creo que se puede distinguir entre un uso de la analogía paternalista centrado en el título y otro centrado en el modo de gobierno.

En cuanto a la analogía entre el título para gobernar y el poder paternal, al ser ejercido éste, en su concepción tradicional, por un solo varón, cabeza de la familia, el tema central de la analogía paternalista, desde el pensamiento griego hasta las revoluciones burguesas, ha sido el del gobierno monárquico y, en particular, el de la monarquía hereditaria. La defensa más importante del título *ex generatione* como fundamento del poder político corresponde, en la filosofía política moderna, a la teoría del derecho divino de los reyes. Sobre ésta se volverá más adelante al tratar de la polémica entre Robert Filmer y John Locke.

En cuanto a la analogía entre el *modo del gobierno* del padre y el poder político, ésta se incluye en el problema general de la justificación de las acciones que puede llevar a cabo el gobernante, es decir, el problema de los fines y límites de la intervención estatal. Aquí la analogía con el poder paternal también ha jugado, desde los orígenes mismos del pensamiento filosófico, un papel muy importante. De hecho, si el poder paternal constituye o no una buena analogía con el poder político es ya un punto central de discrepancia entre Aristóteles y Platón, el cual es muy significativo del alcance que había de tener dicha analogía. Como explica George Sabine, para Platón:

“el estadista es una especie de artista cuya principal cualificación es el conocimiento. La figura utilizada es la del pastor que tiene la dirección y el cuidado de un rebaño humano, o más específicamente, el cabeza de una comunidad doméstica que dirige a su familia buscando el bien de todos sus miembros. Es de notar –continúa George Sabine–, aunque sea de pasada, que este argumento constituye el punto de partida de la *Política* de Aristóteles, que comienza con un intento de mostrar que la comunidad doméstica y el estado son especies distintas de grupos y que, en consecuencia, la familia no ofrece una buena analogía del gobierno civil. El problema es más amplio de lo que parece y ha llegado a ser tradicionalmente una manzana de la discordia entre los defensores del régimen absoluto y los del régimen liberal. *Se trata, naturalmente, de averiguar si debe suponerse que los súbditos se encuentran respecto de los gobernantes en la misma relación que los niños con sus padres, o si debe suponerse que son responsables y autónomos*”⁵⁴ (la cursiva es mía).

⁵⁴ Sabine, George: *Historia de la teoría política*, ed. FCE, Madrid, 1992, p. 64. No obstante, como señala Norberto Bobbio, la analogía política más frecuentemente utilizada por Platón es entre el cuerpo del individuo y el Estado. No en vano, la teoría platónica es un auténtico pilar de la teoría orgánica de la

Esta discusión en torno a los límites del ejercicio justificado del poder político se centra principalmente en lo que constituye el medio propio de la acción política: la fuerza. El foro de la analogía es, en particular, el derecho de corrección del padre y, por tanto, la cuestión que se plantea es si corresponde o no al Estado imponer coactivamente ciertos comportamientos a los individuos para evitar que se dañen a sí mismos o para conducirlos a la felicidad, tal y como haría un padre con sus hijos.

Junto a este problema, se suele tratar otro en relación con el paternalismo que no tiene que ver con la fuerza sino con el engaño. Como es sabido, no es infrecuente que los padres engañen a sus hijos por su propio bien; ya sea, para mantener las ilusiones de la infancia (hacer que sean felices) o para simplificarles una realidad demasiado compleja y peligrosa (para evitarles daños). Suele señalarse a la *República* de Platón como el texto fundacional de la doctrina sobre la justificación de la mentira y el engaño en el ejercicio del poder: la denominada *teoría de la noble mentira*⁵⁵. Para Platón la mentira es un remedio útil de los gobernantes, pero sólo a su disposición, y en beneficio de la república: “si es adecuado –dice Platón– que algunos hombres mientan estos serán los que gobiernan el Estado, y que frente a sus enemigos o frente a los ciudadanos mientan para beneficio del Estado; a todos los demás les estará vedado”⁵⁶. Vemos que los destinatarios de la mentira pueden ser los enemigos y también “cuando los amigos intentan hacer algo malo, por un arranque de locura o algún tipo de insensatez”⁵⁷. Hay que advertir que el poder paternalista es el poder ejercido para hacer más felices a los súbditos o para evitarles daños, pero no el poder que mediante engaños o violencia busca perpetuarse.

En Platón se encuentra también un interesante caso de engaño justificado que no es ejercido por los gobernantes sino por los filósofos y que tiene por objeto la *fundación*

sociedad. Véase: Bobbio, Norberto: *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, ed. FCE, México, 1996, p. 28. Sobre este tema del paternalismo y la filosofía política clásica véase también: Lucas, Javier de: “Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la antigüedad clásica”, en *Doxa* 5(1988), pp. 243-249.

⁵⁵ Véase: De Lucas, Javier: “Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la antigüedad clásica”, en *Doxa*, 5(1988), Alicante, pp. 243-249.

⁵⁶ Platón: *República*, III, 389c, ed. Gredos, Madrid, 2000, p. 155 (trad. Conrado Eggers Lan).

⁵⁷ Platón: *República*, II, 382d, *cit.*, p. 145.

misma del gobierno. Así, Platón considera útil engañar a los propios gobernantes, para los cuales sería conveniente creer en algún mito que, como el *Mito de los metales del hombre y de los Terrígenos*, les fortalecería como clase dominante. El Sócrates de Platón titubea en contar una mentira útil sobre la que “se necesita mucho poder de persuasión para llegar a convencer”, porque supone hacer que los gobernantes primero, y después los ciudadanos

“crean que lo que lo que les hemos enseñado y les hemos inculcado por medio de la educación eran todas cosas que imaginaban y que les sucedían en sueños; pero que en realidad habían estado en el seno de la tierra, que los había criado y moldeado, tanto a ellos mismos como a sus armas y a todos los demás enseres fabricados; y, una vez que estuvieron completamente formados, la tierra, por ser su madre, los dio a la luz. Y por ello deben ahora preocuparse por el territorio en el cual viven, como por una madre y nodriza, y defenderlo si alguien lo ataca, y considerar a los demás ciudadanos como hermanos y como hijos de la misma tierra”⁵⁸.

El mito se completa con la distinción entre los gobernantes, los guardianes y los labradores y demás artesanos según que “el dios que los modeló” puso en su composición oro, plata o bronce y hierro. La enseñanza del mito es que se debe atender a mantener la pureza de los metales. El engaño parece tan osado que Platón reconoce que no es posible persuadir a su generación coetánea pero, quizás, sí a sus descendientes⁵⁹.

⁵⁸ Platón: *República*, III, 414d, *cit.*, pp. 198 y 199. A juicio de Eligio Resta, éste es el ejemplo “más evidente de paternalismo puro (...) porque construye una relación política sobre la base de la disimetría ‘cultural’ y sobre todo para el caso de la mentira instrumental para el bienestar, para la felicidad, para los intereses del pueblo”; en Resta, Eligio: “Metáfora del contrato”, en *Doxa*, *cit.*, p. 231.

⁵⁹ Este es el paternalismo propio de los filósofos, cuyo tema principal es la conveniencia de las creencias religiosas para la felicidad del pueblo. El contraste entre la vocación del filósofo por descubrir la verdad y que ésta parezca aconsejar la mentira hace que las reflexiones filosóficas sobre este paternalismo suelen tener el carácter de una confesión dramática. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a la “nivola” *San Manuel Bueno, mártir* de Miguel de Unamuno, o, de tan solo hace unos años, al capítulo final del último libro de F. A. Hayek *La fatal arrogancia (Los errores del socialismo)*. Este último autor nos dice: “nos guste o no, debemos en parte la persistencia de ciertas prácticas, y la civilización que de ellas resulta, al apoyo de ciertas creencias de las que no podemos decir que sean verdaderas –o verificables, o constatables en el sentido en que lo son las afirmaciones científicas, y que ciertamente no son fruto de una argumentación racional (...) si reflexionamos sobre esta realidad –continúa F. A. Hayek–, podemos comprender y apreciar mejor a aquellos clérigos que, en cierta medida escépticos respecto a la validez de algunas de sus doctrinas, persisten no obstante en enseñarlas ante el temor de que el abandono de la fe conduzca a una degeneración de la conducta moral”. Véase: Hayek, F.A.: *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, ed. Unión Editorial, Madrid, 1997, p. 365.

3. Los fundamentos del anti-paternalismo contemporáneo

3.1. John Locke

La obra que seguramente ofrece el mejor ejemplo del uso de la analogía paternalista para justificar una monarquía sin restricciones es la de *El Patriarca* de sir Robert Filmer, publicada en 1680. Puede decirse que Robert Filmer fue el mejor exponente en Inglaterra de la *teoría del derecho divino de los reyes*⁶⁰. Esta obra interesa, además, para el tema que nos ocupa porque suscitó la atención de John Locke que rebatió contundentemente los argumentos de Robert Filmer en su *Primer ensayo sobre el gobierno civil*⁶¹.

Robert Filmer, en *El Patriarca o el poder natural de los reyes*, describe y justifica la monarquía absoluta a partir de tres ideas: el derecho divino, la teología natural y la idea de autoridad paternal. Destaca Antonio Truyol y Serra que este último aspecto fue el más llamativo de la doctrina de Robert Filmer por “el rigor de la equiparación de la autoridad real a la autoridad paterna”⁶². La diferencia entre el Estado y la familia se reduce a una cuestión cuantitativa: la autoridad del rey en el primero es tan “natural e irrenunciable” (Antonio Truyol y Serra) como la del padre en la segunda. “De esta suerte -explica Antonio Truyol y Serra-, la imagen del rey como *pater patriae*, tradicional en sentido metafórico, se convierte en Filmer en argumento del absolutismo”⁶³. Robert Filmer lleva este argumento hasta la exageración, tratando de justificar el poder ilimitado de los reyes

⁶⁰ Ésta es la opinión que le merece a Antonio Truyol y Serra la aportación de Robert Filmer a la filosofía política, opinión que, a su vez, este autor recoge de la expresada por J.W. Allen en “Sir Robert Filmer”, en F. J. C. Hearnshaw (Dir.), *The Soc. and Pol. Ideas of Some English Thinkers of the Augustan Age*, Londres, 1923. Véase: Truyol y Serra, Antonio: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (vol. 2: *Del Renacimiento a Kant*), ed. Alianza Universidad, Madrid, 1975, p. 191.

⁶¹ Robert Filmer falleció en 1653 sin que sus obras tuvieran prácticamente difusión. En la misma época, Thomas Hobbes, también alineado con la causa monárquica, había publicado todas sus obras importantes, contribuyendo, sin duda, a empañar la figura de Robert Filmer para la posteridad. Sin embargo, la fortuna quiso que los monárquicos lo recuperaran cuando, al aproximarse la muerte de Carlos II, se planteó la sucesión al trono de un católico, Jacobo de York, y, en consecuencia, se desató de nuevo la polémica entre el derecho hereditario y el derecho del parlamento. Parece ser que Robert Filmer (y no Thomas Hobbes, cuyo materialismo no era compartido por casi nadie) se convirtió en el pensador absolutista de moda para los partidarios del rey Carlos II (Abellán), y que a esto responde la elección de su obra como objeto de críticas por parte de John Locke y Sydney. Sobre esto, véase: Sabine, George: *Historia de la teoría política*, cit., pp. 378 y ss.; y, Abellán, Joaquín: “Introducción”, en Locke, John: *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, ed. Austral, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.

⁶² Truyol y Serra, Antonio: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, cit., p. 191.

⁶³ *Ibidem*.

en razón de que son los padres de los súbditos, en una línea que parte de Adán, continúa con los patriarcas y llega, a pesar de cualesquiera vicisitudes, a todos y cada uno de los monarcas que han existido y existirán. Robert Filmer trató de fundamentar esta absurda pretensión de convertir a los reyes en padres naturales de los súbditos con la salvedad de que “todos ellos son (o como tales han de ser considerados) los más próximos sucesores de aquellos primeros progenitores que fueron en un principio los padres naturales de todo el pueblo, y los herederos de sus derechos al ejercicio de la suprema jurisdicción”⁶⁴.

Del poder del padre, el hijo difícilmente puede desconfiar. El padre aventaja al hijo en sabiduría y fuerza, ostenta una *superioridad natural* que sólo puede hallar límites en su conciencia: “todos los deberes de un rey –dice Robert Filmer- se resumen en una universal solicitud paternal hacia su pueblo”⁶⁵. La razón última de la sujeción no es, sin embargo, la benevolencia en el gobierno, ya que ningún grado de incumplimiento de este fin puede afectar la legitimidad de su gobierno, sino que el individuo ya *nace sometido* al poder real.

John Locke en el *Primer ensayo sobre el gobierno* comienza justificando su interés por *El Patriarca*; justificación necesaria porque, a su juicio, no valía la pena prestar atención a las tesis de Filmer (“nunca tan fluidos disparates se han expresado en tan sonoro inglés”, dice), si no hubiera sido por la difusión y buena acogida que obtuvieron tras su publicación. La crítica de John Locke es profunda, de una ironía magistral, que llega con frecuencia al sarcasmo, y abundante en contra-argumentaciones⁶⁶ y, sin duda, eficaz en cuanto a la teoría del derecho divino de los reyes⁶⁷.

⁶⁴ Filmer, Robert: *Patriarca*, en *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p.13.

⁶⁵ Filmer, Robert: *Patriarca*, *cit.*, p. 16.

⁶⁶ Muchas de las cuales tienen que ver, principalmente en el *Primer ensayo*, con la interpretación de las Sagradas escrituras. Aquí interesa, por supuesto, la teoría política de John Locke del *Segundo ensayo* que comienza, en realidad, dando por destruidos los argumentos de Robert Filmer de la siguiente manera: “1º Que Adán no tenía, ni por derecho natural de paternidad, ni por concesión positiva de Dios, ningún tipo de autoridad sobre sus hijos, ni dominio alguno sobre el mundo, según se pretendía; 2º Que, aun en el caso que él lo tuviera, sus herederos carecían de él; 3º Que, aun el caso de que sus herederos lo tuvieran, al no existir una ley natural ni positiva de Dios que determine quién es el heredero directo en cada uno de los casos posibles, no podría establecerse con exactitud el derecho de sucesión y, por ende, el derecho a ejercer el gobierno; 4º Que, aun en el caso de que esta cuestión estuviese perfectamente determinada, al haberse perdido por completo y desde hace mucho el conocimiento de cuál es la línea sucesoria más antigua surgida de la estirpe de Adán, no puede haber familia ni ser humano alguno que albergue la más mínima pretensión fundada de pertenecer a la casa más antigua y tener, por ello, el derecho legítimo a la sucesión. Y como

John Locke sigue en cuanto a los *tipos de poder sobre las personas* la tradición que se mencionó más arriba y que distingue entre poder paternal, civil y despótico⁶⁸. Partiendo de esta distinción, se examina la plausibilidad de la postura de Robert Filmer de pretender para el poder civil una procedencia *ex generatione*. “Desde el punto de vista polémico – aclara Norberto Bobbio- toda la teoría política de Locke es una tentativa de distinguir netamente el poder civil del poder paternal”⁶⁹.

Para John Locke, el poder político tiene, sin lugar a dudas, un fundamento propio: el consenso. John Locke trata de mostrar la falsedad e inconsistencia de la doctrina que confunde el poder paternal con el poder político, lo cual es fundamentalmente un error teórico. Este error, explica Norberto Bobbio, deriva de una doble confusión: del poder del padre con el poder político, cuando se hace del padre un rey, y del poder político con el poder del padre, cuando se hace del rey un padre. Lo mismo ocurre con la familia, cuya identificación con el Estado es el resultado tanto de una concepción política de la familia, como de una concepción familiar del Estado. La concepción política del poder paterno aumenta su prestigio, de la misma manera que la concepción paternal del monarca presenta su poder como más benevolente. “El adversario que Locke tenía delante – explica Norberto Bobbio- no era tanto la concepción política de la familia, como la

pienso que todas estas premisas han quedado establecidas con toda claridad, no cabe la posibilidad de que los gobernantes que ahora existen en la tierra extraigan algún beneficio o reciban ni la más tenue sombra de autoridad de aquello que para algunos es la fuente de todo poder, el dominio privado y la jurisdicción paternal (...)”, en Locke, John: *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, cit., pp. 205 y 206.

⁶⁷ Todavía algo posterior a John Locke, Jacques-Bénigne Bossuet (1627-1704) se sitúa en la tradición del derecho divino de los reyes. Puede decirse que este autor trata de elaborar ideológicamente el absolutismo de Luis XIV. No obstante, a juicio de Antonio Truyol y Serra su obra ya resultaba *anticuada* cuando se publica en 1709. Jacques-Bénigne Bossuet, a diferencia de Robert Filmer, no utiliza la figura del padre como centro de su defensa del absolutismo, aquí se trata ni más ni menos que de Dios: “El trono regio – sentencia Jacques-Bénigne Bossuet- no es el trono de un hombre, sino el del mismo Dios”. Sin embargo, no puede dudarse de la importancia de la identificación entre la figura del padre y el absolutismo monárquico de Luis XIV; baste recordar para ello que la sentencia que se dio contra el desgraciado Robert-François Damiens por atentar contra el rey le condenaba por parricidio. Véase: Truyol y Serra, Antonio: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. 2: *Del Renacimiento a Kant*, cit., p. 242. La cita está sacada de Sabine, George: *Historia de la teoría política*, cit., p. 400. Véase, igualmente: Foucault, Michel: *Vigilar y castigar*, ed. Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 11.

⁶⁸ Para la exposición del pensamiento de John Locke sigo la siguiente obra: Bobbio, Norberto: *Locke e il diritto naturale*, ed. G. Giappichelli, Torino, 1963.

⁶⁹ Bobbio, Norberto: *Locke e il diritto naturale*, cit., p. 241. En lo relativo a la distinción lockeana entre el poder civil y el poder paternal sigo la explicación de Norberto Bobbio expuesta en la obra citada.

concepción familiar del Estado: pero para derrotarlo debía mostrar que sociedad familiar y sociedad política eran dos cosas diferentes”⁷⁰.

John Locke presenta dos sólidos argumentos para distinguir el poder político del poder paternal:

1) *Sobre la naturaleza del poder paternal*: no se trata, como pretende Robert Filmer, del poder de uno, sino de dos. John Locke insiste en la igualdad de derechos y deberes entre la madre y el padre en relación con los hijos; el argumento que repite con frecuencia es que si la madre participa igual, o más en su opinión, que el padre en la generación de los hijos, la soberanía original que de ahí se derive debería corresponder también a la madre⁷¹. Por ello, a su juicio, el poder paternal debería denominarse más correctamente *poder de los progenitores*⁷².

2) *Sobre el fin del poder paternal*: educar y mantener a la prole hasta que esta alcance la edad de la razón y que tiene, por tanto, un carácter esencialmente transitorio.

Locke insiste con vehemencia sobre este último punto: los lazos de sujeción de los hijos al poder paternal son

“como las mantillas con que los envolvemos y sujetamos en la debilidad de su infancia. A medida que aumentan la edad y la razón esos lazos se van aflojando, hasta que se sueltan del todo y dejan al hombre a su libre albedrío (...) el poder que los padres tienen sobre los hijos, tiene su origen, precisamente, en la obligación que les fuerza a cuidar a su prole durante ese estado imperfecto que es la infancia”⁷³.

“Estado imperfecto” en el que se encuentra quien no posee el “entendimiento necesario para dirigir su voluntad”⁷⁴. Aunque, obviamente, se plantea una excepción a la

⁷⁰ Bobbio, Norberto: *Locke e il diritto naturale*, cit., p. 242.

⁷¹ Véase, por ejemplo, los pasajes 55, 60 y ss. del *Primer ensayo sobre el gobierno*.

⁷² Véase, los pasajes 53 y ss. del *Segundo Ensayo sobre el gobierno*. Thomas Hobbes aprecia la misma inconsistencia en la teoría tradicional del fundamento del poder paternal en la generación; véase, los apartados 1 y ss. del *De Cive*.

⁷³ Locke, John: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, ed. Austral, Madrid, 1997, p. 243

⁷⁴ Locke, John: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, cit., p. 245.

transitoriedad de la jurisdicción paterna: si los niños deben estar sujetos a la autoridad de sus padres porque carecen de este entendimiento necesario, entonces los “lunáticos y los idiotas” nunca se verán “libres del gobierno de sus progenitores”⁷⁵.

En consecuencia, al establecerse la analogía entre el poder político y el poder paternal se considera erróneamente a los ciudadanos como *permanentemente* en minoridad; éste es el punto crucial de la crítica lockeana a la concepción paternalista del Estado. El *deber del hijo de honrar a los padres* debe distinguirse, a juicio de John Locke, de *la obligación de sumisión a la voluntad de los progenitores mientras dura la minoridad*: el primero no presupone el poder de ordenar por parte del padre, aunque no cesa con la mayoría de edad; el segundo sí presupone tal poder, pero cesa con la mayoría de edad. Esta distinción entre poder paternal y deber de honrar a los padres refuta además el fundamento que Robert Filmer atribuía al poder paternal según las Sagradas Escrituras (el deber de honrar a los padres), del que depende su teoría del origen divino de la monarquía absoluta⁷⁶.

Sin embargo, lo que amerita a John Locke como el fundador del anti-paternalismo liberal no es su insistencia en la transitoriedad del poder paterno o su objeción a que este resida sólo en el padre, sino su cuestionamiento del título *ex generatione* del poder paternal. La solución que da John Locke es diferente a la que habían aportado los escritores anteriores. Thomas Hobbes, por ejemplo, comienza el *De Cive* precisamente criticando que la autoridad paterna resida en la generación y propone como alternativa una analogía con la teoría de la adquisición de la propiedad por ocupación, de manera que el dominio sobre el niño pertenece a quien lo tiene en su poder. Otro autor, Samuel von Puffendorf, propone también una vía diferente de justificación del poder paternal que vale la pena comentar aquí pues, como veremos, coincide con alguna de las novísimas justificaciones de las intervenciones paternalistas de más éxito: aquella que se refiere a un consenso tácito del hijo. A juicio de Samuel von Puffendorf, se podía presumir que si el hijo naciera con la razón suficiente para comprender que no puede sobrevivir sin la ayuda

⁷⁵ Locke, John: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, cit., p. 246.

⁷⁶ John Locke afirma con rotundidad que la tesis de que engendrar un hijo otorga al padre poder absoluto sobre él -la tesis de la soberanía por paternidad- es “el fundamento de todos los que defienden que la monarquía es de *jure divino*” Locke, John: *Primer ensayo sobre el gobierno civil*, ed. Austral, Madrid, 1997, pp. 94 y 95.

de sus progenitores, aceptaría de buen grado el sometimiento a éstos⁷⁷. Pues bien, John Locke da un giro a esta cuestión que pone de manifiesto el cambio fundamental que su filosofía promueve “de una concepción autoritaria a una concepción liberal de las relaciones humanas”⁷⁸. Mientras que los escritos precedentes parten del derecho de los progenitores, John Locke, por el contrario, parte del derecho del niño. El derecho a la vida del niño, que adquiere por el mero hecho de nacer, es la clave de la justificación de las relaciones paterno-filiales. A este derecho le corresponde el deber del padre de mantenerlo y educarlo. El derecho de corrección del padre, su potestad punitiva, se deriva de su obligación correlativa al derecho del hijo. Como señala, Norberto Bobbio el derecho del padre pasa de ser un *prius* a ser un *posterius*⁷⁹.

Los intentos por romper la analogía entre el poder político y el poder paternal tienen, como ya se ha mencionado, una larga historia que se remonta a Aristóteles. En esto, John Locke no es novedoso e, incluso, como también se ha mencionado, el propio Thomas Hobbes comienza el *De Cive* criticando la fundamentación *ex generatione* del poder paternal. Sin embargo, el sentido general de la filosofía de John Locke cambia el planteamiento del problema del paternalismo o, mejor dicho, establece las condiciones del problema tal y como ha llegado hasta nuestros días. Hay tres rasgos centrales en la filosofía política de John Locke: a) individualismo, como teoría del valor (todo valor reside en preferencias o intereses individuales) y como explicación psicológica; b) la validez de los derechos innatos a la vida, libertad y propiedad, que sólo pueden ser limitados por otros derechos iguales; y c) la confianza en que el bien común coincida con el libre ejercicio de los derechos individuales. Pues bien, el individualismo, el valor atribuido a los derechos y la confianza en que su ejercicio promueve el bienestar general descansan sobre la plausibilidad de la tesis de que el hombre medio adulto, la mayoría de los seres humanos, es un ser con el entendimiento, conocimiento y voluntad suficientes

⁷⁷ Sin entrar a considerar si este consentimiento tácito de Samuel von Puffendorf sería exactamente equivalente a propuestas actuales de justificación del paternalismo basadas en el consentimiento hipotético (Gerald Dworkin), lo cierto es que, como destaca Norberto Bobbio, la de Samuel von Puffendorf es la solución más típica de la imaginación jurídica y la jurificación de la discusión sobre el paternalismo es uno de los rasgos más sobresalientes de la actual discusión. Norberto Bobbio menciona, además, que Samuel von Puffendorf acude de pasada a la analogía entre el poder paternal y la *negotiorum gestio* del derecho romano, en Bobbio, Norberto: *Locke e il diritto naturale*, cit., p. 245.

⁷⁸ Bobbio, Norberto: *Locke e il diritto naturale*, cit., p. 245.

⁷⁹ Bobbio, Norberto: *Locke e il diritto naturale*, cit., p. 247.

para perseguir eficazmente sus propios intereses. Sin embargo, el extraordinario desarrollo de las ciencias empíricas, sociales y naturales, en el siglo XVIII (y hasta nuestros días) no dejaría de aportar argumentos para debilitar esta tesis fundamental⁸⁰.

3.2 La crítica de Immanuel Kant al despotismo ilustrado

3.2.1. El despotismo ilustrado

La expresión “despotismo ilustrado”⁸¹ tiene su origen en la historiografía alemana de mediados del siglo XIX, para referirse a la práctica de algunos gobiernos europeos de la segunda mitad del siglo XVIII. El despotismo ilustrado se oponía al *despotismo de corte* de Luis XIV y fue característico de las monarquías de Federico II de Prusia (1740-1786), José II del Imperio Austro-Húngaro (1780-1790), Catalina II de Rusia (1762-1796) y, en España, de Carlos III (1759-1788)⁸². Los rasgos de este gobierno pueden resumirse en su lema: “todo para el pueblo, pero sin el pueblo”.

El concepto de “*despotismo ilustrado*” contiene una evidente valoración crítica que sugiere la unión de un déficit de legitimación del poder político, compensada (o que se intenta compensar) por los beneficios que se derivan para el pueblo del buen gobierno.

⁸⁰ Como es sabido John Locke es también autor de un texto sobre la tolerancia: la famosa *Carta sobre la tolerancia*. Al plantearme la cuestión de los antecedentes de la discusión actual sobre el paternalismo, éste fue el primer texto al que acudí, pero descubrí, sin embargo, que tenía un alcance muy limitado para este problema. Las tesis de John Locke, como ha señalado Juan Ramón de Páramo, se limitan, por un lado, al problema de la imposición por parte del Estado de una religión oficial y, por otro lado, el único argumento contra esa imposición es que es irracional, dado que la coacción no es un medio idóneo para conseguir que la gente crea una cosa u otra; obligar a creer sería una acción tan irracional como la de pretender ser espontáneo, tratar de olvidar algo, etc. “Locke no explica –dice Juan Ramón de Páramo– ni nos hace comprender por qué la intolerancia es, en términos generales, algo inmoral. Todo lo que nos dice –continúa este autor– es por qué es irracional tan sólo en el ámbito de las creencias religiosas. Este argumento no puede ser usado en las sociedades secularizadas. Su argumento fue una respuesta a ciertos problemas particulares de la sociedad británica del siglo XVII, y no constituye una crítica general de la intolerancia, aunque contiene algunos elementos que pueden ser rescatados en el moderno debate sobre la tolerancia”, en De Páramo, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo*, ed. CEC, Madrid, 1993, p. 35. Véase, igualmente: De Páramo, Juan Ramón: “Liberalismo, pluralismo y coacción”, en *Doxa*, 11 (1992), pp. 87-116.

⁸¹ Una denominación más neutral que se refiere a los mismos gobiernos es la de “absolutismo ilustrado”. Salvador Giner, por ejemplo, rechaza la denominación de “despotismo ilustrado” y usa en su lugar ésta de “absolutismo ilustrado”: “un gobierno paternalista –dice–, fomentador de la riqueza nacional y tolerante con la libre circulación de las ideas”, en Giner, Salvador: *Historia del pensamiento social*, ed. Ariel, Barcelona, 1980, p. 250.

⁸² Véase: M. B. Bennassar, J. Jacquart, F. Lebrun, M. Denis, N. Blayau: *Historia moderna*, ed. Akal, Madrid, 1980, pp. 898 y ss.

Aunque para los defensores de los déspotas ilustrados no se trata, por supuesto, de tales déspotas, se invierte la dirección de justificación con respecto a los anteriores partidarios del absolutismo monárquico: mientras que los teóricos del derecho divino de los reyes afirman la legitimidad del monarca para gobernar y esa legitimidad se contagia a todos sus actos; los filósofos ilustrados, amigos de los reyes, presentan como justos (benevolentes y necesarios) los actos del rey y esa justicia parece alcanzar a la monarquía misma⁸³. De nuevo, aquí se podría aplicar la importante distinción entre *legitimación de origen* del poder y *legitimación por su ejercicio*. Sin embargo, la defensa del gobierno fundada en el conocimiento (frente a la tradición) deriva fácilmente en la defensa del gobierno de los que poseen el conocimiento: de la tecnocracia de los economistas, por ejemplo. Para los no entendidos, parece que no queda más alternativa que aceptar las políticas de los sabios como se acostumbran a aceptar los llamados *argumentos de autoridad*; entonces, las políticas ilustradas también terminan justificándose, *ex parte populi*, por su origen.

La idoneidad de la analogía paternalista para tratar de legitimar el *despotismo ilustrado* es evidente: la superioridad del padre sobre el hijo es superioridad de entendimiento, de conocimientos y de voluntad. El hijo debe ser guiado por el padre porque carece de la inteligencia suficiente, de los conocimientos necesarios e, incluso, de la fuerza de voluntad para no dañarse a sí mismo o para guiar sus pasos hacia la felicidad. Si el pueblo se encuentra en la situación de los niños, entonces no se le debe dejar participar en el gobierno porque éste ha de ejercerse, en su propio beneficio, por aquellos que saben más.

La teoría del despotismo ilustrado se caracteriza, en general, por una combinación de utilitarismo, creencia en la importancia de la seguridad, la prosperidad económica y, sobre todo, en la reforma (frente al cambio revolucionario) como medios del progreso⁸⁴.

⁸³ En realidad, los filósofos amigos de los déspotas ilustrados mostraban, más bien, indiferencia ante el problema de las formas de gobierno. No obstante, el acercamiento no deja de presentar profundas contradicciones teóricas para los pensadores ilustrados, que se prestan a una explicación de este “minué: reverencias de los príncipes a los filósofos y de los filósofos a los príncipes” (Hazard) en términos de la psicología de los filósofos en relación al poder. Parejas destacadas del “minué” fueron Diderot y Catalina II de Rusia o Voltaire y Federico II. Véase: Hazard, Paul: *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, ed. Alianza Universidad, Madrid, 1985, pp. 286.

⁸⁴ Giner, Salvador: *Historia del pensamiento social*, cit., pp. 250 y ss.

De entre las circunstancias históricas que fomentaron este acercamiento de los filósofos a gobernantes interesados en la modernización (a la vez que en acrecentar su poder), merece destacarse el extraordinario desarrollo de las ciencias empíricas, y su extensión al conocimiento social, en contraste con el subdesarrollo económico y social de algunos países europeos, entre ellos España. A juicio de Felipe González Vicén, Christian Wolff es el teórico más importante de este sistema político del Estado paternal: “que había formulado –explica Felipe González Vicén- como principio superior de su ética y Derecho natural la proposición ‘haz lo que te perfecciona a ti y a tu estado o al de otros, y omite lo que contribuye a su imperfección’, designando como primera y más elevada obligación del soberano ‘emplear todas sus fuerzas y todo su afán en hallar los medios adecuados para promover el bienestar común tomando las medidas necesarias para ponerlo en práctica’”⁸⁵.

3.2.2. La crítica kantiana

La teoría del Estado kantiana representa el núcleo de la corriente doctrinal contraria al despotismo (o absolutismo) ilustrado de finales del siglo XVIII⁸⁶. La obra más importante e influyente a este respecto es el opúsculo de 1793: “Sobre el tópico: esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica”. En él se contiene una rotunda declaración contra el despotismo ilustrado en la que Immanuel Kant contrapone al Estado paternal el Estado *patriótico*:

“Nadie puede obligarme a ser feliz a su manera (como se figure el bienestar de otros hombres), sino que cada uno puede buscar su felicidad por el camino que prefiera, siempre que no cause perjuicio alguno a la libertad de los demás para perseguir un fin semejante, la cual puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (es decir, según el derecho del otro). Un gobierno que se estableciera según el principio de benevolencia para con el pueblo, como un padre para con sus hijos, es decir, un gobierno paternalista (*imperium paternale*), en que los súbditos, como niños menores de edad, que no pueden distinguir lo que es útil o nocivo, se ven forzados a comportarse de manera meramente pasiva, para aguardar del juicio del jefe del Estado el modo en que *deban* ser felices, y de su bondad el que éste también quiera que lo sean, tal gobierno es el mayor *despotismo* imaginable (una constitución que

⁸⁵ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 141.

⁸⁶ *Ibidem*.

suprime toda libertad de los súbditos, que carecen, por tanto, de derecho en absoluto)⁸⁷.

El anti-paternalismo kantiano se deriva lógicamente de su filosofía moral, del Derecho y del Estado. A juicio de Felipe González Vicén, “toda la reflexión ética de Kant, desde las categorías básicas de la filosofía moral, pasando por el campo del Derecho y de la ‘ética externa’, culmina en la idea de Estado y recibe en ella su sentido último”⁸⁸. En definitiva, el anti-paternalismo kantiano se fundamenta en el conjunto de su filosofía práctica.

Immanuel Kant aborda el problema del Estado desde el método trascendental: “el cual parte siempre de un hecho como presuposición absoluta, para establecer después desde aquí, sus condiciones formales de posibilidad”⁸⁹. El hecho presupuesto es la “existencia misma de los Estados históricos”. Esta manera de entender el problema del Estado supone un cambio radical con respecto al pensamiento político precedente. En este pensamiento había dos grandes corrientes: el iusnaturalismo y el empirismo, que, a pesar de sus diferencias, presentaban una similitud fundamental: su propósito práctico. En el caso del iusnaturalismo, se trata de indagar sobre la legitimidad del poder y fundar un criterio sobre el que juzgar la realidad histórica. En el caso del empirismo, no se trata de la justificación del Estado sino de su explicación: de la búsqueda de las causas últimas de las formas de organización social. Esta investigación descriptiva deriva, sin embargo, en propuestas prácticas por medio de la idea de la existencia de fines “naturales” del Estado. Immanuel Kant invierte radicalmente la forma misma de tratar el problema: desplaza a la cuestión práctica de cómo “debe ser” el Estado y pone en su lugar la cuestión teórica de la deducción trascendental del concepto de Estado. A Immanuel Kant no le interesa el Estado histórico, sino la idea misma de Estado. Se trata de un problema de comprensión, de acuerdo con el método trascendental, de la idea de Estado, con respecto a la cual no tiene sentido plantearse el problema de su justificación o de su

⁸⁷ Kant, Immanuel: “Sobre el tópico: Esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica”, en Kant, Immanuel: *En defensa de la Ilustración*, (Trad. Javier Alcoriza y Antonio Lastra), ed. Alba, Barcelona, 1999, p. 261.

⁸⁸ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 65.

⁸⁹ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 67.

explicación. La fundamentación kantiana del Estado es una fundamentación abstracta y absoluta que lo convierte en un postulado de la razón.

El punto de partida de Immanuel Kant es la idea de autonomía del hombre, considerado como ser social. La pregunta que se plantea Immanuel Kant, nos explica Felipe González Vicén, es “¿Cómo puede el hombre determinarse libremente en sentido trascendental cuando sus acciones hacia el exterior han de conjugarse forzosamente con las acciones de los demás hombres, es decir, con acciones que pueden impedir su obrar moralmente necesario?”⁹⁰. El Derecho aparece, entonces, como la respuesta, en tanto que es entendido como la *condición de posibilidad de la moral* en la convivencia:

“El Derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad”⁹¹

Hay dos ideas fundamentales en este concepto de Derecho: la idea de libertad y la idea de que la limitación de ésta debe tener lugar de acuerdo con una ley general. La libertad que el Derecho limita no es la libertad trascendental, determinación de nuestra voluntad por la razón, sino tan sólo su ejercicio o manifestación externa (la libertad negativa).

La dificultad principal de la filosofía kantiana respecto al Derecho es cómo llegar a la determinación material de cierta conducta como lícito o ilícito jurídico partiendo de la noción formal de autonomía. De nuevo, la respuesta kantiana es innovadora y logra mantener la fundamentación absoluta de la ley ética para el derecho: “el Derecho delimita en sus aspectos recíprocos las esferas de acción individuales (...) restringiendo el ámbito de acción legítima de cada uno en la medida necesaria para hacerlo compatible con un ámbito de acción igual a los demás”⁹². No se trata de una noción vacía de Derecho, en cuanto expresa la “idea de un máximo de libertad”. Para Immanuel Kant, esta libertad es

⁹⁰ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 72.

⁹¹ Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 46.

⁹² González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 102.

el “único y originario” derecho humano, que el “hombre posee en su cualidad de hombre”.

La segunda idea contenida en el concepto kantiano de Derecho es la de la “generalidad”. La esfera de libertad negativa viene delimitada por el Derecho de forma cierta y abstracta. En cuanto a la abstracción, se trata aquí de la idea de gobierno de las leyes: “la idea de un orden cuya materia es la delimitación de las esferas del obrar en la convivencia, pero en el cual esta delimitación tiene lugar por medio de una regla abstracta que asegura de un modo puramente formal la permanencia de las reglas sociales”⁹³. Por ello, lo contrario del Derecho para Immanuel Kant es, precisamente, la idea de que “el orden entre los hombres debe ser obra de un poder supremo que procede tan sólo por las reglas de la prudencia”⁹⁴. Y en cuanto a la certeza, ésta deriva de que el cumplimiento del sistema jurídico se impone por la fuerza y sus controversias se resuelven autoritativamente. La coacción es inseparable del concepto de Derecho. Pues bien, esta efectividad del orden jurídico presupone una instancia suprema y única que es el Estado. En conclusión, de las condiciones de posibilidad del ejercicio de la libertad surge el Derecho y de las condiciones de posibilidad del Derecho surge el Estado.

La fundamentación absoluta del Estado que propone Immanuel Kant contiene en sí misma la respuesta al problema de los fines del Estado. El contraste con la filosofía de la Ilustración precedente y, en particular, con la teoría y práctica del despotismo ilustrado es total. Estos últimos parten del individuo egoísta, considerado en su concreción psicológica, en sus afectos e intereses, y convierten al Estado en un medio para alcanzar la felicidad. Immanuel Kant parte, sin embargo, del hombre como ser ético y dotado de voluntad, y niega rotundamente este carácter instrumental del Estado: “si se entiende al Estado –explica Felipe González Vicén interpretando a la filosofía kantiana- como medio para la consecución de estos fines (la felicidad)⁹⁵, es decir, ‘pragmáticamente’, queda desprovisto de toda necesidad y se convierte en algo ‘casual’ cuya validez depende de la validez de los fines representados; es decir, el imperativo ‘tiene que haber Estado’ adopta

⁹³ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 104.

⁹⁴ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 105.

⁹⁵ El paréntesis es mío.

la forma de un imperativo hipotético que sólo obliga si y en tanto que el hombre quiere aquello para cuya consecución sirve”⁹⁶.

En definitiva, el Estado, a juicio de Immanuel Kant, tiene un único fin: “mantener y posibilitar el orden jurídico, como un orden general y cierto de la convivencia”⁹⁷. La felicidad no es algo que el Estado deba realizar, sino algo que posibilita. “La mejor forma de gobierno –proclama Immanuel Kant- no es aquella en la que mejor se vive, sino aquella en la que los ciudadanos tienen mejor asegurado su derecho”⁹⁸.

Immanuel Kant añade a estos argumentos derivados de su fundamentación absoluta del Estado, otro derivado de la afirmación del carácter empírico e indeterminado de la felicidad. La razón humana no alcanza, a su juicio, para prever todas las consecuencias de una acción: en particular, si esta habrá de procurarle mayor felicidad. Este argumento, que veremos repetido en relación con el carácter absoluto del deber de sinceridad⁹⁹, es perfectamente coherente con la confianza kantiana en que el hombre, cumpliendo la ley moral y haciéndose digno de la felicidad, puede esperar ser feliz.

No obstante, Immanuel Kant hace referencia a otros fines del Estado diferentes al fin del aseguramiento del Derecho: por ejemplo, la enseñanza, cultura, economía o, incluso, beneficencia. A juicio de Felipe González Vicén, la mención de estos otros fines

⁹⁶ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 139.

⁹⁷ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 142.

⁹⁸ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 143.

⁹⁹ Véase: Kant, Immanuel: “Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía”, en Kant, Immanuel, *En defensa de la Ilustración*, cit., pp. 393-400. En este opúsculo de 1797, Immanuel Kant hace una defensa del deber incondicionado de no mentir que explica, en gran medida, por qué se suele hablar de “rigorismo kantiano”: “La veracidad –dice Immanuel Kant- en las declaraciones que no se pueden eludir es un deber formal del hombre para con el otro, por grave que pueda ser el perjuicio que pueda resultar de ella para él o para otro; y, aunque no cometa injusticia alguna con aquel que me fuerza injustamente a la declaración, si la falseo, sin embargo, con tal falseamiento, que puede llamarse mentira (aunque no en el sentido de los juristas), cometo injusticia con lo más esencial del deber en general; es decir, hago, en lo que a mí respecta, que las declaraciones no encuentren creencia alguna, y con ello, que se omitan y pierdan vigor todos los derechos que se fundan en contratos: lo que es una injusticia que se inflige a la humanidad en general” (*op. cit.*, p. 394). Sobre este tema, en relación con el paternalismo, véase: Díaz Pintos, Guillermo: *Autonomía y paternalismo*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Murcia, 1993, pp. 64-66.

no implica una contradicción en la filosofía de Immanuel Kant, sino que éste “se refiere a cometidos que el Estado debe cumplir en determinadas circunstancias, es decir, bajo supuestos de hecho, siempre en relación con su fin propio y peculiar”¹⁰⁰. No queda, por ello, totalmente zanjada la cuestión de la legitimidad de intervenciones estatales diferentes del aseguramiento de las libertades individuales:

“Cuando el poder supremo dicta leyes –dice Immanuel Kant- orientadas, ante todo, a la felicidad (al bienestar de los ciudadanos, de la población, etc.) ocurre que no lo hace como fin del establecimiento de una constitución civil, sino como medio para asegurar el estado de derecho, principalmente frente a enemigos exteriores del pueblo. Al respecto, el jefe del Estado ha de estar facultado para juzgar, él mismo y por sí solo, si tales leyes son precisas para el florecimiento de la república, el cual es imprescindible para asegurar su fuerza y su firmeza, tanto en el interior como frente a enemigos exteriores; pero no lo está para hacer que el pueblo sea, por así decir, feliz contra su voluntad, sino para hacer que exista como república”¹⁰¹

En conclusión, el problema del paternalismo se plantea en Immanuel Kant de la siguiente manera: a) *desde el punto de vista conceptual*, el paternalismo estatal se refiere a aquellas intervenciones coactivas con la libertad que no tienen por finalidad evitar las intromisiones ilegítimas en la libertad de los otros, sino promover la felicidad, en un sentido muy amplio, de aquellos cuya libertad es coartada, y b) *desde el punto de vista de la justificación*, no hay duda de que el paternalismo no es el fin del Estado, puesto que conlleva una negación de la idea misma de Estado.

3.3. Los límites de la acción del Estado de Wilhelm von Humboldt

La primera edición completa de *Los límites de la acción del Estado* de Wilhelm

¹⁰⁰ González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 145.

¹⁰¹ Kant, Immanuel: “Sobre el tópico esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica”, en Kant, Immanuel, *En defensa de la Ilustración*, cit., p. 270.

von Humboldt data de 1851¹⁰². Sin embargo, había sido escrito muchos años antes: en 1792, siendo, por tanto, lo que suele denominarse un *escrito de juventud* del autor¹⁰³. Como es propio de estos escritos se trata de un ensayo lleno de ambición, brillantez, creatividad y fuerza; pero en él también hay profundidad, madurez de juicio y un notable esfuerzo de sistematización. En mi opinión, *Los límites de la acción del Estado* merece mucha más atención de la que se le ha venido prestando por los participantes en la discusión sobre el paternalismo.

Wilhelm von Humboldt comienza denunciando la sorpresa que origina contemplar la escasa dedicación, en las constituciones y en los escritos de los filósofos, al problema de los *fines del gobierno*, en comparación con el interés extendido por las *formas de gobierno*. Sorpresa porque, a su juicio, el tema central de la investigación política debe ser esta última cuestión de los fines, al menos, por dos razones: una, porque las formas de gobierno no dejan de ser un medio con respecto al fin último del gobierno y, dos, porque es un tema de aplicación a todas las formas de gobierno.

El trabajo de Wilhelm von Humboldt puede dividirse en dos partes: una, relativa a los principios más generales que han de guiar la acción estatal y, otra, relativa a la aplicación de estos principios en las diferentes ramas del Derecho. Además, en el capítulo final, *Teoría y realidad*, se incluye un fundamental excursus sobre la aplicación práctica de las teorías, con el que Wilhelm von Humboldt, al igual que hiciera Immanuel Kant, participa en el debate que en la filosofía alemana se daba al respecto. Organizaré mi exposición de esta obra en torno a estas tres partes.

3.3.1. Principios generales: el fin último del individuo y el fin último del Estado

Wilhelm von Humboldt es radicalmente un individualista. La instancia fundamental de su pensamiento es el individuo y sus fines son los que han de marcar los fines del Estado. De forma apodíctica afirma que “el verdadero fin del hombre –no el que

¹⁰² Para la comprensión del pensamiento de juventud de Wilhelm von Humboldt me ha sido de inestimable ayuda la siguiente obra: Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, ed. CEC, Madrid, 1981.

¹⁰³ *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* (1792). Hay traducción al castellano de Joaquín Abellán: Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, ed. Tecnos, Madrid, 1988.

le señalan las inclinaciones variables, sino el que le prescribe la eterna inmutable razón – es la más elevada y proporcionada formación posible de sus fuerzas como un todo”. Como señala Joaquín Abellán, el planteamiento del joven Wilhelm von Humboldt resulta innovador “porque el hombre, entendido como unidad viva de fuerzas y capacidades, se convierte en punto de partida y de llegada de sus reflexiones políticas”¹⁰⁴.

La idea fundamental es que la auto-realización (utilizando un término actual) sólo puede nacer del propio individuo, es resultado de la “fuerza interior” o de la “energía” o, dicho de nuevo en términos actuales, de la *iniciativa individual*. La libertad individual es condición necesaria, entonces, del cumplimiento del fin último de los hombres porque éste consiste en alcanzar un perfeccionamiento individual, auto-realizarse, a partir de la propia iniciativa. En consecuencia, la intervención estatal para lograr este fin último del hombre está condenada a ser auto-frustrante, porque suplanta la iniciativa individual. Además, la auto-realización requiere “variedad de situaciones”, la cual es aplastada por la unilateralidad impuesta por el Estado. De aquí, Wilhelm von Humboldt enuncia un principio básico:

*“la verdadera razón no puede desear para el hombre ningún otro estado que aquel en que no solamente cada individuo goce de la más completa libertad para desarrollarse por sí mismo y en su propia individualidad, sino en el que, además, la naturaleza física no reciba de mano del hombre más forma que la que quiera imprimirle libre y voluntariamente cada individuo, en la medida de sus necesidades e inclinaciones, restringida solamente por los límites de su fuerza y su derecho”*¹⁰⁵.

De este principio básico se deriva “el corolario de que es reprobable todo esfuerzo del Estado para inmiscuirse en los asuntos privados de los ciudadanos, siempre que estos no se refieran directamente a la lesión de los derechos de uno por el otro”¹⁰⁶. A partir de aquí Wilhelm von Humboldt examina las distintas intervenciones estatales usuales o posibles en relación con este principio. Aplica para ello una distinción, sobre la que se volverá en más de una ocasión: el fin del Estado puede consistir en: a) *fomentar la felicidad*, o b) *evitar el mal*, el cual, a su vez, se divide en aquél que proviene de la

¹⁰⁴ Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, cit., p. 99.

¹⁰⁵ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 20.

¹⁰⁶ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 21.

naturaleza y aquel que proviene de los hombres. Tan sólo en este último caso, *evitar el mal que proviene de los hombres*, que denomina el fin de *seguridad*, está justificada la intervención estatal. A todos los otros fines que puede perseguir una legislación los denomina *bienestar positivo*. Wilhelm von Humboldt, en primer lugar, explica las razones por las que el Estado no debe perseguir el bienestar positivo y, en segundo lugar, desarrolla la idea de seguridad.

En cuanto a la acción del Estado orientada a elevar el bienestar positivo de la nación, Wilhem von Humboldt distingue si se trata del bienestar físico o moral, y trata este último en el contexto de la seguridad porque, a su juicio, la intervención sobre la moral de los individuos suele ser un medio para la seguridad. De manera que, como señala Joaquín Abellán, Wilhelm von Humboldt entiende por “bienestar positivo” (*positiver Wohlstand*) “todo lo que no tiene que ver con el estímulo moral, sino con el bienestar físico de los ciudadanos”¹⁰⁷. El fin del bienestar positivo se refiere:

“a todos sus cuidados [del Estado] para la población del país y el sustento de sus habitantes, unas veces directamente, con sus establecimientos de beneficencia, y otras veces indirectamente, mediante el fomento de la agricultura, de la industria y del comercio; me refiero a todas las operaciones financieras y monetarias, a las prohibiciones de importación y exportación, etc. (en la medida en que persigan ese fin); y, finalmente, a todas las actuaciones para prevenir o reparar los daños causados por la naturaleza...”¹⁰⁸.

Sobre estas políticas, Wilhelm von Humboldt mantiene tanto su ilegitimidad de principio (inadecuadas si se parte de *los puntos de vista más elevados*) como su inadecuación para el fin mismo de la felicidad. De acuerdo con Joaquín Abellán, en contra del Estado benefactor, Wilhelm von Humboldt aduce tres grupos de razones¹⁰⁹. En primer lugar, *el principio benefactor supone “un daño para el hombre”*: el Estado es una fuerza uniformadora que convierte a los hombres en máquinas, la intervención benevolente afecta negativamente al carácter moral de los hombres (que ya no encuentran alegría en una conducta responsable) y se resiente su naturaleza estética¹¹⁰. El ideal

¹⁰⁷ Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, cit., p. 138.

¹⁰⁸ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., pp. 22 y 23.

¹⁰⁹ Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, cit., pp. 141-145.

¹¹⁰ Sobre los conceptos fundamentales de la antropología de Wilhelm von Humboldt, véase: Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, cit., pp. 116-137.

humanista de nuestro autor está representado por los héroes del mundo antiguo, que reúnen un conjunto de virtudes tales como la independencia de juicio, la integridad, la responsabilidad, la creatividad, etc. Para Wilhelm von Humboldt el progreso de la humanidad se manifiesta más que nada en el desarrollo de estas individualidades hasta el punto de que, por poner un ejemplo, la guerra merece una consideración positiva por su fecundidad para tal desarrollo¹¹¹. La intervención benevolente del Estado confunde los resultados de las actividades con el valor que en sí mismas les atribuyen los hombres. Las dificultades, los desafíos, incluso el dolor mismo, no son necesariamente malos, si se entiende que forman parte de la lucha del individuo por sus propios objetivos y son un componente necesario de la felicidad misma: el valor de las cosas está en el hombre mismo. En segundo lugar, *la acción del Estado debilita la energía de la nación*, que, al igual que el hombre, se desarrolla orgánicamente¹¹². En tercer, y último lugar, hay *importantes dificultades prácticas en la aplicación del principio benefactor* al generar una impresionante burocracia de necesidades crecientes.

Un aspecto muy interesante del punto de vista de Wilhelm von Humboldt es que éste no se limita a los fines que el Estado puede conseguir a través de la coacción, sino a través de cualesquiera medios (entendido que aunque la coacción no sea el *medio* de una política siempre está, en última instancia, respaldando esa política). Sus conclusiones

¹¹¹ “El Estado –dice Wilhem von Humboldt- no debe favorecer en modo alguno la guerra, pero tampoco impedirla violentamente cuando la necesidad la imponga; debe dejar que la influencia de la misma sobre el espíritu y el carácter se derrame con plena libertad sobre la nación...” (Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 58).

¹¹² Sobre las relaciones entre el Estado y la nación en esta obra de Wilhelm von Humboldt, véase: Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, cit., pp. 145-150. Para nuestro autor, Estado y nación son dos realidades contrapuestas. Además, “el Estado es un mal necesario” (*op. cit.*, p. 145), mientras que la nación es “el ámbito del desarrollo específicamente humano”. A pesar de la importancia de este concepto de “nación” (*Nation*), explica Joaquín Abellán, en la obra de Wilhelm von Humboldt nunca se nos ofrece una definición y el uso que del mismo se hace es tan general “que bajo él podría entenderse el concepto, también amplio e impreciso, de sociedad” (*op. cit.*, 146). El planteamiento de nuestro autor no coincide ni con los teóricos de la soberanía popular ni con las tesis que sostendrá posteriormente la Escuela Histórica del Derecho. Se trata de una postura distinta que puede explicarse por medio de la combinación nación-cosmopolitismo; la nación es “una parcela de la humanidad (...) esta nación de la cual habla el joven Humboldt –aclara Joaquín Abellán- es la “*Kulturnation*” (*op. cit.*, p. 148), un concepto que está desprovisto de carga política y que remite a la idea de una unidad cultural y de carácter. Son las “asociaciones nacionales” las que deben sustituir las funciones del Estado benefactor. “En definitiva –concluye Joaquín Abellán-, lo que Humboldt pretende es resaltar la comunidad, pero no la comunidad política, estatal. No es un individualista cerrado, pues habla continuamente de la necesidad de los otros para el propio desarrollo individual. La comunidad nacional no es una unidad política, sino más bien un “*Lebensgeist*” que ejerce una influencia positiva sobre la formación de los individuos. La nación es fundamentalmente una “*Kulturgemeinschaft*” donde es posible desarrollar todas las capacidades humanas. Es una comunidad cuyo

sobre las intervenciones estatales que tratan de promover el bienestar no dependen de la naturaleza del medio, sino de la naturaleza del fin mismo, aunque reconoce que el medio empleado da a la actuación “una extensión distinta”¹¹³. A su juicio, en la diversidad de medios se distinguen:

- a) *Medios directos*: se determinan acciones concretas por medio de la coacción o el estímulo (positivo, se entiende) y el ejemplo.
- b) *Medios indirectos*:
 - Se sitúa a los ciudadanos en una posición favorable a los objetivos estatales y se les impide en cierta forma que actúen de manera distinta (por ejemplo, sosteniendo un monopolio estatal)
 - Se influye sobre la cabeza y el corazón de los hombres, armonizando sus inclinaciones a los objetivos estatales¹¹⁴.

El fin último del Estado y único es la seguridad: “un poder último, no contestable, que es en lo que consiste en su sentido más estricto, el concepto de Estado”¹¹⁵. La confianza absoluta de Wilhelm von Humboldt en las consecuencias sociales beneficiosas de la iniciativa individual, le lleva a sostener que cualquier otro fin que no sea la seguridad puede ser alcanzado por los individuos, aislados o en sociedad.

Ahora bien, rechazar el bienestar de la población como un fin legítimo del Estado y afirmar como único fin el de la seguridad dice muy poco todavía sobre la legitimidad de concretas acciones del Estado. En primer lugar, el objetivo de la seguridad puede perseguirse de diversas maneras y con un grado de extensión diferente. Señala Wilhelm von Humboldt que el Estado puede limitarse al *castigo y reparación* de las faltas cometidas o intentar la *prevención*. Este último objetivo puede justificar una intervención sobre la formación de los individuos, su carácter o, incluso, el bienestar social, aunque sólo sea con un valor instrumental orientado a la seguridad; bienestar social y seguridad pueden afectarse recíprocamente de muchas maneras. En segundo lugar, y este es un

espíritu es la libertad. Las “asociaciones nacionales” no descansan en la coacción, sino en la creencia de su necesidad por parte de sus integrantes” (*op. cit.*, p. 149).

¹¹³ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, *cit.*, p. 22.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, *cit.*, p. 50.

punto muy importante en la discusión liberal en torno al paternalismo, es cuestionable la frontera misma entre los actos que afectan solo al propio individuo y los que afectan a los demás o al Estado mismo¹¹⁶. En tercer y último lugar, la legitimidad de una institución orientada a la seguridad es decisivamente afectada por los medios utilizados.

Wilhelm von Humboldt le presta particular atención al objetivo de la *prevención* de actos ilegales, para la realización del cual los Estados suelen acudir a *medios morales*: en particular, a la educación nacional, el fomento de una religión (o de la religiosidad misma) y las leyes sobre las buenas costumbres. Los argumentos de Wilhelm von Humboldt contra estas instituciones orientadas a la prevención son los mismos que cuando se orientan al bienestar positivo y, además, añade que son ineficaces y que tienden a poner “la nación al servicio de los fines últimos del Estado”¹¹⁷. De aquí se deriva un principio según el cual:

“El Estado debe abstenerse por completo de intentar influir, directa o indirectamente, en la moral y en el carácter de la nación de otra manera distinta a la que lógicamente y de por sí resulta inevitable al aplicar todas aquellas medidas (de orden) que son imprescindibles. Toda intervención con ese propósito y, particularmente, cualquier tipo de control sobre educación, sobre las instituciones religiosas, o las leyes contra el lujo, etc., cae, sencillamente, fuera de su ámbito de actuación”¹¹⁸.

La seguridad que constituye la razón del Estado en Humboldt es la garantía de la esfera de libertad:

¹¹⁶ “Se pueden vigilar también aquellos actos cuyos efectos sólo recaen sobre quienes los cometen, por considerar que los ciudadanos están obligados a poner sus fuerzas al servicio del Estado, y que con la destrucción y debilitamiento de sus fuerzas roban, por así decir, algo de la propiedad del Estado” (Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 60).

¹¹⁷ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 109.

¹¹⁸ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 108. De manera que Wilhelm von Humboldt se declara partidario de un sistema privado y libre de educación, contradiciendo uno de los postulados fundamentales de la teoría y práctica del Despotismo Ilustrado: la educación estatal. Como es sabido, Wilhelm von Humboldt tuvo un papel destacado en las reformas del Estado prusiano, que tienen lugar a partir de 1807, en particular en la reforma del sistema educativo. No puede decirse que nuestro autor renunciara a sus ideas de juventud sobre el papel del Estado en la educación, pero sí que éstas son superadas en la idea de “*Kulturstaat*”, que sería, nos explica Joaquín Abellán, “el Estado que protege la libertad de la cultura y de sus instituciones contra los intereses particulares de la sociedad y contra sus propios intereses estatales específicos”. Sobre la relación entre el pensamiento y la obra política de Wilhelm von Humboldt en materia educativa, véase: Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, cit., pp. 217-257.

“Yo considero seguros a los ciudadanos de un Estado –explica- cuando no se ven perturbados por ninguna injerencia ajena en el ejercicio de los derechos que les competen, tanto los que afectan a su persona como los que versan sobre su propiedad; la *seguridad* es, por tanto –si esta expresión no se considera demasiado escueta y quizá, por ello mismo, oscura-, la *certeza de la libertad concedida por la ley*”¹¹⁹.

Los límites precisos de esta libertad dependen de la codificación jurídica de los actos en legales e ilegales. Los actos de los individuos, y también aquellos provenientes del Estado, pueden afectar de muchas maneras y en diversos grados a los demás; lo que la *seguridad* requiere es tan sólo que no se produzcan *actos contrarios a Derecho*. Esta seguridad puede verse afectada por actos que, o bien, directamente violan los derechos, o bien, sus consecuencias tienen ese efecto. El Estado debe tratar de prevenir unos y otros y, además, garantizar la reparación del daño producido. De aquí surgen, para el objetivo de la seguridad, las leyes de policía, civiles y penales. Además, debe considerarse aparte la seguridad de aquellos que “privados del ejercicio de sus fuerzas humanas por la demencia o la locura”¹²⁰ deben ser tutelados por el Estado. A continuación, veremos la aplicación de estos principios más generales a las distintas ramas del Derecho.

3.3.2. Principios de las distintas ramas del Derecho

Wilhelm von Humboldt propone una serie de principios en relación con las diferentes ramas del Derecho de la acción estatal legítima.

Leyes de policía

Por “leyes de policía” (*Polizeigesetze*) Wilhelm von Humboldt entiende aquellas leyes preventivas que se orientan a alguna de las siguientes finalidades: 1) evitar actos que suponen un riesgo para los derechos ajenos, 2) evitar actos que, por regla general, suelen desembocar en una infracción de ley, y 3) disponer lo necesario para que el Estado pueda cumplir con su función de seguridad¹²¹.

¹¹⁹ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 111.

¹²⁰ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 113.

¹²¹ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 115. Joaquín Abellán aclara en nota a pié de página el sentido del término “policía”: “Con el término ‘policía’ se entendían originariamente

Dentro de estas leyes de policía, nuestro autor distingue aquellas que prohíben ciertas acciones positivas (*Prohibitivgesetze*) de aquellas que imponen obligaciones positivas a favor del Estado o de los otros.

En las leyes de policía que prohíben acciones que entrañan riesgos para los derechos de los otros o que, generalmente, desembocan en una infracción de ley, el principio que debe regir es, a juicio de Wilhelm von Humboldt, el siguiente: “con vistas a garantizar la seguridad de los ciudadanos, el Estado debe prohibir o restringir todas aquellas acciones que se refieran de manera inmediata sólo a quien las realiza de las que se derive una lesión de los derechos de los otros, esto es, que mermen su libertad o su propiedad sin su consentimiento o en contra de él, o de las que haya que temerlo probablemente; probabilidad en la que habrá que tomar en consideración la dimensión del daño que se quiere causar y la importancia de la limitación de la libertad producida por una ley prohibitiva. Cualquier restricción de la libertad que vaya más allá o que se imponga por otros motivos distintos se sale de los límites de la acción del Estado”¹²².

La primera parte de este principio exige, para legitimar la intervención estatal, que se produzca una *efectiva* lesión de los derechos de los otros y no meramente un perjuicio a los otros. De acuerdo con esta primera parte se deslegitimaría la prohibición de acciones que provocan “escándalo en la religión o en las costumbres”¹²³ o de aquellas que pueden “seducir la virtud, la razón o el sentido común”¹²⁴. Permitiría al Estado, sin embargo, prevenir que los ciudadanos fueran explotados en relación con asuntos para los cuales deben acudir a expertos, como los médicos y los abogados, pero sólo por medio de ofrecer la realización de un examen voluntario que garantizara públicamente la existencia

todas las tareas públicas de una comunidad, la *res política*. En el transcurso de la fundación de los Estados absolutos, el concepto se utilizó igualmente para describir el poder soberano, que tenía encomendado imponer los intereses públicos. Sólo con la Ilustración y su interés en proteger los derechos de los individuos irrumpió en la discusión el tema de la ‘eliminación de los peligros’, que después se recogió en el *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 (...) En Humboldt se encuentran los dos sentidos: como término para la regulación de todos los asuntos públicos (incluida la atención al bienestar) y “Policía” como ejecutor de las disposiciones de poder a favor de los intereses tanto del Estado como del ciudadano individual” (véase: Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 9).

¹²² Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 122.

¹²³ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 117.

¹²⁴ *Ibidem*.

de un nivel profesional adecuado. Wilhelm von Humboldt es plenamente consciente de que “la seguridad misma pudiera sufrir menoscabo porque alguien se aprovechara con engaño de la ignorancia de los otros”¹²⁵. No obstante, añade

“como sucede que todo engaño de esa índole presupone un convencimiento previo del engañado; como sucede que la cantidad de matices hace prácticamente imposible que se pueda establecer una regla general, y como sucede también que la posibilidad de un engaño, posibilidad abierta por la libertad, agudiza a los hombres y los hace más prudentes, creo que es mejor y más de acuerdo con los principios, en una teoría alejada de aplicaciones concretas, extender las leyes prohibitivas solamente a aquellos casos en que se actúe sin, o incluso contra, la voluntad del otro”¹²⁶.

La segunda parte del principio se refiere al caso de los actos que entrañan riesgos para los derechos ajenos. Wilhelm von Humboldt aprecia aquí un conflicto entre libertad y seguridad que ha de solucionarse por una “vía media”, aunque ésta es imposible trazarla de una manera general. Los criterios generales a tomar en cuenta son: la probabilidad del daño, su gravedad y la restricción de la libertad. Cuando se produce un daño por negligencia, el derecho natural sentencia, a juicio de Wilhelm von Humboldt, que se debe responder y no así cuando ni siquiera hay culpa, salvo que entre interesados se haya pactado otra cosa. Ahora bien, cuando los daños probables son muy graves y “poco perjudicial la limitación de la libertad de los ciudadanos”¹²⁷ el Estado también tiene derecho a intervenir porque su papel no se limita a asegurar la reparación de los daños sino también a *evitarlos*.

Con respecto a aquellas leyes de policía que imponen obligaciones de asistencia, nuestro autor considera que como principio general son ilegítimas por las siguientes razones: En primer lugar, porque esto supone que el Estado ha de tomar la “decisión sobre si se ha de preferir el bien de uno frente al bien de otro”¹²⁸, lo cual dada la inconmensurabilidad del valor de los bienes para cada individuo, “conlleva siempre

¹²⁵ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 120.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Quisiera llamar la atención sobre que Wilhelm von Humboldt, quizás inadvertidamente, da validez en este caso al principio de que las libertades que tenemos, además de estar delimitadas por el principio de daño a otros, dependen del valor de las acciones escogidas (no sólo del valor de elegir por sí mismo).

¹²⁸ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 124.

necesariamente una cierta dureza, un cierto menosprecio de los sentimientos y la individualidad del otro”¹²⁹. En segundo lugar, son regulaciones que se prestan al abuso. En tercer lugar, pueden ser innecesarias e, incluso, contraproducentes. Por todo ello, solamente pueden justificarse como una excepción en caso de “férrea necesidad” o emergencia, es decir, sólo cuando se hallan en peligro los derechos naturales de todos el Estado puede imponer ciertas obligaciones al individuo en favor de sus conciudadanos¹³⁰.

Leyes civiles

A juicio de Wilhelm von Humboldt, el Estado debe limitarse en relación con las leyes civiles (*Zivilgesetze*) a garantizar la reparación en los casos de daños a otros llevados a cabo sin o contra su voluntad, a garantizar el cumplimiento del principio “*pacta sunt servanda*” y a establecer límites a la autonomía de la voluntad orientados a la protección de los derechos de terceros¹³¹.

Para el tema que nos ocupa, me parece de particular interés las condiciones de aplicación del principio de “*pacta sunt servanda*”. Sobre ellas nuestro autor, dice lo siguiente: “Si entre los actos a los que se acaba de hacer referencia hubiera algunos de los que se derivan derechos y obligaciones entre las partes para el futuro (manifestaciones de voluntad unilaterales y recíprocas, contratos, etc.), el Estado debe proteger la obligación que de ellos se derive, siempre que hayan sido celebrados hallándose el otorgante en su cabal juicio, se refieran a una cosa sobre la que pueda disponer y se trate de un acto de libre voluntad; no así, por el contrario, cuando no se cumpla alguno de estos requisitos por cualquiera de las partes o se perjudicara injustamente a un tercero sin, o contra, su consentimiento”¹³². Doctrina general sobre la validez del consentimiento y de las obligaciones, a la que añade, sin embargo, una notable especificación fundada en la protección de la libertad misma:

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Véase: Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, cit., pp. 150-161.

¹³¹ Prescindo de las consideraciones de Wilhelm von Humboldt sobre el derecho de sucesiones y las personas jurídicas porque no me parecen relevantes para el tema que nos ocupa. Véase: Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., pp. 141 y ss.

¹³² Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 141.

“Pero sucede también –dice Wilhelm von Humboldt- que toda decisión de cara al futuro sólo es posible de una manera incompleta y, además, algunas de las obligaciones pueden aherrojar de tal manera la libertad que acaben por entorpecer el pleno desarrollo del hombre. De aquí surge el segundo deber del Estado: negar el apoyo de la ley a toda manifestación de voluntad contraria a la ley y tomar las medidas, compatibles con la seguridad de la propiedad, para impedir que, a causa de un momento de precipitación, quede el hombre amarrado a imposiciones que entorpezcan o frenen su completo desarrollo”¹³³.

¿En qué casos podrían darse estas circunstancias?

“1) cuando el declarante contrae una obligación de tal modo gravosa que con su cumplimiento quedaría rebajado a puro instrumento, a merced totalmente de la voluntad del otro, como ocurriría, por ejemplo, en un contrato de esclavitud; 2) cuando el declarante no puede cumplir lo prometido por la naturaleza de esto, como, por ejemplo, en materia de sentimientos o de fe; 3) cuando lo prometido, bien en sí mismo bien en sus consecuencias, va realmente contra los derechos de otros o los pone en peligro, en cuyo caso hay que aplicar todos los principios expuestos a propósito de las acciones de los hombres aisladamente considerados. La diferencia que presentan estos casos entre sí radica únicamente en que, en el primero y en el segundo, el Estado debe negarles simplemente la fuerza coactiva de la ley, pero no puede impedir la formulación de tales manifestaciones de voluntad ni tampoco su cumplimiento, en la medida en que ocurra por mutuo consentimiento de las partes; en el tercer caso, por el contrario, puede y debe prohibir la declaración de voluntad misma”¹³⁴.

Y, en general

“el Estado –dice Wilhelm von Humboldt- también puede intervenir, aun cuando no haya razón para poner ningún reparo a la legalidad de un contrato o de una manifestación de voluntad, para aligerar la obligación que los hombres son capaces de imponerse recíprocamente por libre voluntad; puede impedir que la decisión tomada en un momento determinado limite la voluntad durante un lapso de tiempo demasiado largo, facilitando la rescisión de la obligación surgida del contrato”¹³⁵.

¹³³ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 128.

¹³⁴ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 129.

¹³⁵ *Ibidem*.

El caso que Wilhelm von Humboldt tiene en mente es el matrimonio, sobre el que, en diversos momentos a lo largo de su ensayo, defiende enfáticamente su disolución a voluntad de cualquiera de las partes. Sin embargo, sin precisar ejemplos, también aplica este principio a relaciones menos estrechas “pero que restringen igualmente la libertad personal”¹³⁶ sobre las que el Estado debería fijar un plazo, sin que las partes pudieran estipular en contrario, aunque sí renovar el contrato a su terminación. Aquí Wilhelm von Humboldt hace dos observaciones muy interesantes. La primera sobre si la fijación de estos plazos perentorios constituyen o no un beneficio que impone el Estado:

“aunque en un principio pueda parece que una disposición de esta naturaleza constituye un acto de benevolencia por parte de la ley, que, como cualquier favor, no se le puede imponer a nadie por la fuerza, no se le está privando a nadie de la facultad de establecer relaciones para toda la vida sino sólo del derecho a obligar a otro en algo, en lo que la coacción sí sería un impedimento para el logro de sus fines más elevados (...) Finalmente, tampoco puede interpretarse como forzar a aceptar un beneficio el hecho de suspender la facultad de rechazarlo de antemano”¹³⁷

La segunda observación se refiere a la razón de que pueda resultar injusto respaldar estos contratos cuando una de las partes ha cambiado su voluntad: “sólo difieren en grado de aquellos casos en que uno se convierte en puro instrumento a merced de los intereses de otro o, más propiamente, es convertido en instrumento por el otro”¹³⁸.

Leyes procesales

Con relación a las leyes procesales me parece oportuno hacer las dos observaciones siguientes: En primer lugar, el hecho mismo de que Wilhelm von Humboldt las tome en cuenta para aplicar los principios más generales que limitan la intervención estatal. En segundo lugar, que lo anterior está justificado en relación con el paternalismo, pues también el diseño de los procedimientos procesales puede estar orientado a que el Estado tutele a los ciudadanos: a juicio de Wilhelm von Humboldt el Estado no debe suplantar a quien no quiera reclamar su derecho, incluso “si la causa de

¹³⁶ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 130.

¹³⁷ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 131.

¹³⁸ *Ibidem*.

no ejercitar su derecho ha sido la ignorancia o la desidia, no puede el Estado intervenir por su propia iniciativa en el asunto”¹³⁹.

Leyes penales

Wilhelm von Humboldt proclama que el castigo es el medio más adecuado para mantener la seguridad, por lo que el Estado puede dictar leyes penales (*Kriminalgesetze*) para este fin. Con respecto a las acciones que pueden constituir delito y en relación con el problema del paternalismo, nuestro autor señala que

“esos mismos principios prohíben castigar las acciones que se refieran exclusivamente al actor o que se ejecuten con el consentimiento de quien es afectado por ellas y ni siquiera permite constreñirlas. Por esta razón, no sólo no se pueden castigar ninguno de los así llamados delitos carnales (excepción hecha del estupro), independientemente de que produzcan escándalo, el intento de suicidio, etc., sino que incluso debería quedar impune el homicidio realizado por voluntad de la propia víctima, de no ser porque el peligroso abuso a que esto podría dar pie hace necesaria una ley penal”¹⁴⁰.

Igualmente, resulta de particular interés la opinión de Wilhelm von Humboldt sobre el uso de leyes penales para prevenir la comisión de delitos, por medio de prohibir actos que en sí mismos no lesionan los derechos de terceros pero que podrían dar ocasión a una lesión (por ejemplo, penar el ocultamiento del embarazo con la finalidad de prevenir el infanticidio). A su juicio, estas leyes exceden los límites de la intervención estatal legítima. Vale la pena detenerse en este punto.

Si toda prevención del delito debe hacerse a partir de las causas de los mismos, el fin de la seguridad (del que formaría parte la prevención de los delitos) puede dar lugar a un excesivo intervencionismo del Estado. La diversidad de causas del delito puede compendiarse en una sola: “el sentimiento de la desproporción que existe –dice Wilhelm von Humboldt- entre las inclinaciones del actor y la cantidad de los medios legales que tiene a su disposición”¹⁴¹. Evidentemente, la desproporción provendrá, o bien, de un exceso en las inclinaciones, o bien, de un defecto del caudal de medios. Aunque, en todo

¹³⁹ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 143.

¹⁴⁰ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 150.

¹⁴¹ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 160.

caso, señala Wilhelm von Humboldt, el delito manifiesta “una falta de fortaleza en los juicios de la razón y de la conciencia moral”¹⁴². De aquí se derivan, entonces, tres estrategias de prevención: a) cambiar o mejorar las circunstancias que puedan empujar al delito; b) reprimir las inclinaciones que suelen desembocar en una violación de la ley; y c) robustecer el juicio de la razón y de la conciencia moral. Además, Wilhelm von Humboldt añade una cuarta estrategia que ataca las *ocasiones* para delinquir.

La estrategia de prevenir el delito mejorando las circunstancias que empujan a los individuos a delinquir hace que velar por el bienestar material se convierta en un medio para la seguridad. Pero también en este caso Wilhelm von Humboldt rechaza que el Estado deba perseguir el bienestar de los ciudadanos. Las razones son las mismas que cuando se rechazó el *fin* del bienestar, aunque nuestro autor reconozca que al afectar a un grupo reducido de ciudadanos las consecuencias serían menos graves. Wilhelm von Humboldt admite que algunas medidas de este tipo estarían justificadas si peligrara la seguridad del Estado, pero afirma su creencia en que en una sociedad libre “apenas si es posible que se produzcan situaciones como las aquí descritas, que no puedan ser subsanadas por el concurso voluntario de los propios ciudadanos, sin necesidad de que intervenga el Estado”¹⁴³. La replica inmediata a este argumento, a mi juicio, es que parece inevitable tener que arriesgar la seguridad del Estado en tanto se comprueba si la iniciativa privada subsana o no espontáneamente las situaciones que causan delincuencia. No obstante, para hacer justicia a la posición de Wilhelm von Humboldt conviene esperar a conocer sus consideraciones en torno a las relaciones de la teoría con la realidad.

En cuanto a la segunda estrategia y la tercera estrategia, reprimir las inclinaciones que suelen desembocar en una violación de la ley y robustecer el juicio de la razón y la conciencia moral, Wilhelm von Humboldt se opone a la adopción de las mismas por los mismos argumentos que ya vimos en cuanto a la mejora de las costumbres desde el Estado. Un caso particular, muy interesante desde el punto de vista del paternalismo, es el de la prevención de la reincidencia que suele aconsejar imprimir a las penas un carácter

¹⁴² Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 161.

¹⁴³ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 162.

educativo (así, por ejemplo, en la Constitución española de 1978). Sobre esto, Wilhelm von Humboldt poco más que sentencia en contra sin aportar nuevos argumentos:

“...al delincuente tampoco se le puede aleccionar en contra de su voluntad. Pues, aunque la pena pierda de esa manera eficacia y utilidad, una imposición de ese género contraría también los derechos de los delincuentes, que nunca pueden ser obligados a nada que vaya más allá de sufrir la pena legal”¹⁴⁴.

Seguridad de los incapaces

Los anteriores principios, tendentes a asegurar sin excepción la libertad para el hombre autónomo, no son de aplicación –explica Wilhelm von Humboldt- para los incapaces, para los que se requiere de principios diferentes ajustados a su situación.

Incapaces son aquellos que “están privados prácticamente del todo del uso de la razón o aun no han alcanzado la madurez mental que depende de la propia madurez corporal”¹⁴⁵. Estas personas requieren, más allá de la protección de su seguridad, una atención positiva a su bienestar físico y moral. Ahora bien, a juicio de nuestro autor, ni siquiera aquí corresponde el protagonismo directo al Estado, sino que el cuidado de los incapaces debe recaer en otros ciudadanos. En el caso de los menores, son los padres quienes están obligados a educarlos hasta alcanzar mayoría de edad (que debe fijarse legalmente), “y sólo de ese deber –dice nuestro autor- se derivan todos los derechos que poseen, que a su vez, son requisito indispensable para poder cumplir con ese deber”¹⁴⁶. Los hijos conservan todos sus derechos primigenios (vida, salud, patrimonio) e, incluso, su libertad no puede ser restringida más allá de lo necesario, es decir, más allá de lo que es indispensable para satisfacer el objetivo legítimo de la educación: “poner a los hijos en situación de empezar a vivir una vida de su propia elección”¹⁴⁷. De ahí que los padres se extralimitan si obligan a realizar a los hijos acciones que comprometan su futuro más allá del periodo de minoridad (como el matrimonio obligatorio o “la imposición de una

¹⁴⁴ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 166.

¹⁴⁵ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 173.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

determinada forma de vida”¹⁴⁸). Por parte de los hijos, su deber es hacer lo necesario para que los padres puedan cumplir con sus obligaciones.

El Estado debe velar por los derechos de los hijos frente a los padres y su primera obligación es fijar la mayoría de edad legal. En el caso de que los padres hayan muerto, explica Wilhem von Humboldt, se deben fijar tutores, pero no es el Estado quien debe hacerlo, sino que deberían preverlo, en primer lugar, los padres (en disposiciones de última voluntad) y, si no se ha previsto, otros familiares o los municipios. La vigilancia del Estado del cumplimiento de las obligaciones de los tutores debe ser más estrecha que en el caso de los padres.

Finalmente, el Estado debe tratar de forma diferenciada a los menores en su misión general de proteger a los ciudadanos de ataques de otros. Así, debe declararse inválida toda acción de consecuencias perjudiciales para los menores o incapaces, exigiendo el resarcimiento de daños e imponiendo un castigo a los culpables. Algunas acciones como el coito extramatrimonial deben estar sancionadas cuando se hacen con menores, aunque, advierte nuestro autor, se deberían fijar distintos periodos y grados de minoridad.

Las mismas consideraciones se aplican a los dementes y débiles mentales, si bien estos no precisan educación sino sólo cuidado y vigilancia y, por otro lado, también es necesario evitar que dañen a otros. En todo caso, sostiene Wilhem von Humboldt, “de lo único que se les puede privar es del ejercicio temporal de sus derechos, pero nunca de estos mismos”¹⁴⁹. Nadie podrá ser considerado como demente o débil mental si no es por medio de una declaración formal realizada tras un examen médico supervisado por un juez.

3.3.3. Teoría y realidad

El último capítulo de *Los límites de la acción del Estado* se dedica al importante tema de la aplicación de la teoría a la realidad. En él, nuestro autor, propone dos principios generales que debería seguir toda reforma política:

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 177.

1. “Los principios de la pura teoría nunca deben trasladarse a la realidad hasta que ésta, en toda su extensión, no les impida ya producir los efectos que de suyo producirían, sin ninguna injerencia extraña.
2. Para que se opere la transición del actual estado de cosas al nuevo estado de cosas acordado, toda reforma debe arrancar, en la medida de lo posible, de las ideas y de las cabezas de los hombres”¹⁵⁰.

Como explica Joaquín Abellán, en el pensamiento político de Wilhelm von Humboldt se constata una tensión entre “de una parte, la razón, luchando por huir y sin librarse de su sortilegio, y, de otra parte, la historia hacia la que Humboldt tendía, pero sin entregarse de lleno a su atracción”¹⁵¹. Wilhelm von Humboldt sostiene una filosofía de la historia en la que el motor de la misma es “la fuerza del espíritu humano”, que en cada momento adopta una forma diferente, pero que cada transformación no supone una ruptura con la etapa anterior, pues ésta es causa plena o limitada del cambio. Este proceso es siempre a mejor, es un progreso. La auténtica revolución sólo puede surgir del propio desarrollo del espíritu humano, por lo que la única vía para el hombre de Estado es el reformismo. El político revolucionario (por ejemplo, los revolucionarios franceses) sólo puede “cambiar la cara exterior de las cosas, pero no se logra crear una nueva actitud interior de los hombres”¹⁵².

Wilhelm von Humboldt afirma que todo lo que ha dicho en torno al hombre ha sido atendiendo a la “medida ordinaria de sus fuerzas”¹⁵³, pero reconoce que: “sin embargo, me he representado siempre al hombre en la forma que le es peculiar necesariamente y sin que se encuentre todavía conformado por una determinada situación”¹⁵⁴. Ahora bien, Humboldt admite que el hombre no existe nunca en esta forma, pues “las circunstancias dentro de las que vive le imprimen siempre y en todas partes una forma positiva, más o menos divergente”¹⁵⁵. En la reforma social, aplicando la teoría expuesta, no hay que dejar

¹⁵⁰ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 192.

¹⁵¹ Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, cit., p. 166.

¹⁵² Abellán, Joaquín: *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, cit., p. 167.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 193.

de atender al grado de *madurez para la libertad* en la que se hallan los hombres, por ello el estadista debe:

“dejar subsistir tranquilamente todas las restricciones a la libertad basadas en el presente, mientras los hombres no den pruebas inequívocas de que las consideran como trabas que les cohiben y les oprimen y de que se hallan, por tanto, en este aspecto, maduros para la libertad; pero, tan pronto como esto ocurra, suprimirlas sin dilación”¹⁵⁶.

El reformador deberá “estimular por todos los medios la madurez de los hombres para la libertad” y así suprimir las trabas sin dilación. La mejor forma de estimular esta libertad no es otra que la libertad misma: “la falta de madurez para la libertad –dice Wilhelm von Humboldt- sólo puede brotar de la carencia de fuerzas intelectuales y morales; sólo laborando por suplir o elevar estas fuerzas se puede contrarrestar aquella carencia, más para ello es indispensable ejercer esas fuerzas, y este ejercicio requiere libertad, la cual despierta la independencia”¹⁵⁷. Al final, una nueva formulación de los principios que han de guiar la aplicación de la teoría ideal:

“El Estado, en lo que se refiere a los límites de su actuación, debe procurar que la realidad de las cosas se aproxime a la teoría exacta y verdadera, en la medida en que ello le sea posible y no se lo impidan razones de verdadera necesidad. La posibilidad consiste en que los hombres se hallen suficientemente sensibles a la libertad, acerca de la que la teoría enseña que puede manifestar los efectos saludables que la acompañan siempre, a menos que existan obstáculos que lo impidan. La necesidad en contra consistiría en que la libertad, una vez conferida, no destruya aquellos efectos sin los cuáles corre peligro no sólo cualquier progreso ulterior, sino la propia existencia. Ambas cosas deberán apreciarse siempre como consecuencia de una comparación cuidadosamente establecida entre la situación actual y la situación modificada y sus efectos respectivos”¹⁵⁸.

Teoría y práctica pueden, finalmente, armonizarse bajo un único principio: “el Estado debe ajustar siempre su actividad al imperativo de la necesidad”¹⁵⁹. Este *principio de la necesidad* se contrapone al *principio de utilidad* de la siguiente manera: 1) la

¹⁵⁶ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 194.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 197.

¹⁵⁹ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., p. 198.

utilidad descansa en juicios de probabilidades mientras que la necesidad es evidente; 2) lo útil es una cuestión de grado que requiere siempre de nuevas medidas, mientras que lo necesario es una cuestión de todo o nada que tiene, por tanto, una medida de satisfacción; 3) velar por lo útil conduce en la mayoría de los casos a medidas positivas, mientras que lo necesario conduce en la mayoría de los casos a medidas negativas; y 4) en torno a lo útil hay mayores discrepancias que en torno a lo necesario, por lo que este último es el mejor criterio para fundar el prestigio y poder de las leyes¹⁶⁰.

Y con esto termina su discurso Wilhelm von Humboldt, haciendo depender la intervención del Estado de la necesidad y ésta de las circunstancias de la realidad histórica de cada sociedad, juzgadas a la luz de la teoría ideal. ¿Queda, por tanto, aclarada la cuestión de los límites de la acción del Estado? A mi juicio, si bien vemos consolidarse un marco para la discusión, surgen también algunos interrogantes importantes: podemos aceptar que el bienestar humano requiere el ejercicio de la libertad ¿pero se reduce el bienestar humano al ejercicio de la libertad o ésta es sólo una dimensión del mismo? ¿cuánto hay de paternalismo en impedir renuncias serias a la propia libertad en nombre mismo de la libertad? ¿qué consecuencias tiene el ejercicio de la libertad cuando no se tiene el grado suficiente de madurez para la libertad? ¿puede el reformista en sus políticas prescindir del fin del bienestar si quiere realmente favorecer el desarrollo de la madurez para la libertad?

3.4. *On liberty* de John Stuart Mill

Pocos años después de la primera (y tardía) edición de la obra de Wilhelm von Humboldt, John S. Mill publica en 1859 *On liberty*, cuyo objeto es “la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo”¹⁶¹. Esta obra constituye un referente casi obligado en la reflexión contemporánea sobre el paternalismo. Hoy en día, las tesis de *On Liberty* continúan siendo el punto de partida (aunque no el de llegada), de muchos de los ensayos sobre el paternalismo¹⁶².

¹⁶⁰ Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, cit., pp. 198 y 199.

¹⁶¹ Mill, S. John: *Sobre la libertad*, (trad. Pablo de Azcárate) ed. Alianza Editorial, Madrid, 1999, p.57.

¹⁶² En este apartado, me limitaré a una sucinta exposición del antipaternalismo de John S. Mill tal y como aparece en *On liberty*. Más adelante, al tratar los diversos autores, habrá oportunidad de considerar los puntos de vista más importantes sobre esta obra en relación con el paternalismo. Un problema que, como se verá, genera particulares diferencias de interpretación es acerca de si la posición expresada por John S. Mill

Para John S. Mill, el triunfo en la realidad de la “república democrática” requería replantearse de nuevo el problema de los límites del poder, que había sido olvidado en los ideales por la creencia en que “la nación no tendría necesidad de ser protegida contra su propia voluntad”¹⁶³. La concepción del poder político como delegado o representativo de la voluntad popular contradecía la concepción tradicional según la cual el soberano tiene un interés contrapuesto al de sus súbditos; precisamente, la constitución del Estado según esta concepción tradicional consiste en el ajuste de ambos intereses. Sin embargo, advierte John S. Mill, en los Estados democráticos, donde los intereses del gobernante y del gobernado parecen identificarse, no sólo sigue siendo pertinente reflexionar sobre los límites del poder político, sino que además es necesario para prevenir la “tiranía de la mayoría”: la sociedad que trata de imponer sus pautas a todos y cada uno de sus miembros.

Desde la perspectiva individualista de John S. Mill (“todo lo que da algún valor a nuestra existencia depende de la restricción impuesta a las acciones de los demás”, afirma)¹⁶⁴, fijar límites a la interferencia con la libertad individual es crucial. Por ello, se lamenta nuestro autor de que a cuestión tan importante no se le haya dado una respuesta fundamentada y de que, muy al contrario, las reglas aceptadas suelen ser consideradas evidentes y justificadas por sí mismas. Esta “universal ilusión” no es sino fruto de la costumbre. Los principios que de hecho guían las relaciones entre la sociedad y el individuo son los gustos o preferencias de la mayoría o, al menos, de la porción más poderosa de la sociedad. Con la excepción del principio de tolerancia religiosa, único principio por el que de forma premeditada se ha proclamado el derecho de los individuos a no dar cuentas de sus creencias religiosas ante la sociedad, a juicio de John S. Mill todavía no se había propuesto principio alguno que valiera para limitar la libertad de los

es conciliable con su utilitarismo filosófico o si implica una renuncia a estos fundamentos y la aceptación de una concepción ética basada en derechos. Como es sabido, la crítica del juez James F. Stephen en *Liberty, Equality, Fraternity* (1873) contra el *On liberty* se fundaba precisamente en la incoherencia de éste con la filosofía utilitarista. La bibliografía sobre el problema del paternalismo en John S. Mill es, en gran medida, coincidente con la bibliografía que en esta tesis se maneja, por la razón expuesta de que es costumbre tomar a John S. Mill como punto de partida en la argumentación. En la iusfilosofía en lengua española, merece destacarse la investigación doctoral del profesor Guillermo Díaz sobre este mismo tema y publicada con el título *Autonomía y paternalismo*, cit.

¹⁶³ Mill, S. John: *Sobre la libertad*, cit., p. 59.

¹⁶⁴ Mill, John S.: *Sobre la libertad*, cit., p. 62.

individuos; tan sólo la simple afirmación de las preferencias de quien puede imponerlas. Precisamente, el explicitar un principio de este tipo es el propósito de nuestro autor:

“El objeto de este ensayo –dice John S. Mill- es afirmar un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control, ya sean los medios empleados la fuerza física en forma de penalidades legales o la coacción moral de la opinión pública. Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle produciría un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”¹⁶⁵.

John S. Mill advierte que el principio “sólo es aplicable a seres humanos en la madurez de sus facultades”¹⁶⁶. Esto excluye de la protección del principio a los menores, a los que están todavía en una “situación que exige sean cuidados por otros” y a aquellas sociedades que pueden considerarse en la minoridad. Sobre éste último caso, John S. Mill sostiene que “el despotismo es un modo legítimo de gobierno tratándose de bárbaros, siempre que su fin sea su mejoramiento, y que los medios se justifiquen por estar realmente encaminados a ese fin”¹⁶⁷. Igualmente, nuestro autor aclara que también puede obligarse a los individuos a realizar determinados actos beneficiosos, ya sean relacionados con bienes colectivos (participar en la defensa común, la administración de justicia o, en general, en obras de interés público), ya sean relacionados con el beneficio de un particular: como “salvar la vida de un semejante o proteger al indefenso contra los

¹⁶⁵ Mill, John S: *Sobre la libertad, cit.*, p.68.

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, p. 69.

malos tratos”¹⁶⁸. Relacionado con esto, explica John S. Mill que “una persona puede causar daños a otras no sólo por su acción, sino por su omisión”¹⁶⁹, aunque añade:

“es verdad que el caso último exige un esfuerzo de compulsión mucho más prudente que el primero. Hacer a uno responsable del mal que haya causado a otro es la regla general; hacerle responsable por no haber evitado el mal es, comparativamente, la excepción”¹⁷⁰.

Por último, en cuanto a la aplicación del principio, ésta podría no ser pertinente cuando a pesar de que un individuo ha atacado los intereses de otros haya, sin embargo, buenas razones para no exigirle responsabilidad; en particular, porque es más probable que en ciertos casos los individuos procedan mejor si lo hacen sin estar sometidos a control o porque imponer ese control produce mayores males que los que se tratan de prevenir.

La referencia a la idea de soberanía que aparece en la formulación del principio de daño es algo más que una simple imagen. John S. Mill se refiere aquí al concepto de soberanía en el sentido propio de la doctrina del Derecho internacional, fundamento del principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados soberanos. En la esfera privada el individuo es soberano, de la misma manera que en la sociedad de naciones tradicional los Estados son soberanos sobre su territorio. La noción de soberanía parece apoyar los propósitos de John S. Mill doblemente: por un lado, aludiendo al derecho a la no injerencia y, por otro, estableciendo la analogía entre territorio y esfera privada de libertad. Sin embargo, es inevitable preguntarse si el territorio ofrece una buena analogía con la esfera privada.

El criterio que propone John S. Mill para trazar las “fronteras” de la soberanía individual es la noción de acto que perjudica a terceros o, más en general, la distinción

¹⁶⁸ Mill, John S.: *Sobre la libertad*, cit., p.70. Por tanto, John S. Mill parece considerar justificadas las llamadas en el ámbito anglosajón “leyes del buen samaritano”, equivalentes a la obligación de prestar socorro del Derecho español, a la que corresponde el delito de omisión del deber de socorro.

¹⁶⁹ *Ibidem*. Las “leyes del buen samaritano” no contradicen el principio de daño milliano si se entiende que este autoriza el uso de la coacción sobre un individuo para evitar que dañe a los demás, ya sea por acción o por omisión. Sin embargo, con frecuencia se asocia el rechazo a las intervenciones paternalistas con el rechazo a la imposición del deber de socorro porque se entiende que la justificación del deber de socorro se ha de hacer sobre presupuestos que justifican igualmente las intervenciones paternalistas.

¹⁷⁰ Mill, John S.: *Sobre la libertad*, cit., p.70.

entre *actos que se refieren a los demás* y *actos que sólo conciernen a uno mismo*. Con esta distinción ocurre que depende de cómo se interprete resulta un ámbito justificado de intervenciones de la sociedad sobre el individuo de mayor o menor amplitud, de manera que los límites de la intervención orientada al bienestar (del propio individuo sobre el que se interviene) pueden terminar coincidiendo con los límites de la intervención guiada exclusivamente por evitar perjuicios a terceros: por ejemplo, porque se entiende que la sociedad se ve afectada por el descuido en su salud de un solo individuo. John S. Mill era, por supuesto, perfectamente consciente de las tensiones que había de soportar esta distinción, piedra angular de su discurso, y él mismo ocupa la posición del crítico para comprobar su fortaleza:

“Muchos se niegan a admitir esta distinción que aquí se ha hecho entre la parte de la vida de una persona que a él solo se refiere y la que se refiere a los demás. ¿Cómo puede haber alguna parte de la conducta de un miembro de la sociedad que sea indiferente a los otros miembros? Ninguna persona es un ser enteramente aislado; es imposible que una persona haga nada serio o permanentemente perjudicial para sí, sin que el daño alcance por lo menos a sus relaciones más próximas, y frecuentemente a las lejanas”¹⁷¹

John S. Mill admite que el mal que una persona se causa a sí misma, en su persona o en sus bienes, puede *afectar (negativamente, se entiende) los intereses de otros*, pero afirma que sólo cuando exista una “obligación precisa y determinada”¹⁷² hacia esos otros que no es cumplida (por ejemplo, el padre que no atiende a la manutención de sus hijos porque gasta demasiado en el juego) estará justificada la desaprobación moral. Igualmente ocurre “cuando una persona se incapacita por su conducta puramente personal para el cumplimiento de algún deber definido que a ella incumbe respecto al público”¹⁷³ (por ejemplo, un policía o un bombero que está embriagado durante el servicio). En consecuencia, el daño “que una persona cause a la sociedad por una conducta que ni viola ningún deber específico respecto al público ni ocasiona un perjuicio perceptible a ningún individuo, excepto a él mismo, es un inconveniente que la sociedad puede consentir en aras del mayor bien de la libertad humana”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Mill, John S.: *Sobre la libertad*, cit., p. 159.

¹⁷² Mill, John S.: *Sobre la libertad*, cit., p. 161.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Mill, John S.: *Sobre la libertad*, cit., p. 162.

Al lector no se le escapara que, a pesar de los esfuerzos de John S. Mill, la distinción entre “la parte de la vida de una persona que a él solo se refiere y la que se refiere a los demás”, si bien es imaginable un conjunto de casos claros, presenta una muy amplia zona de penumbra. C.L. Ten afirma que la interpretación correcta de esta distinción de John S. Mill es aquella que admite que toda conducta puede tener efectos en los demás, pero que es posible distinguir entre efectos *directos* e *indirectos*¹⁷⁵. Efectivamente, John S. Mill no sostiene que exista un área de conducta humana que no produzca absolutamente ningún efecto en los demás, pero sí una esfera “en la cual la sociedad –dice John S. Mill-, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un *interés indirecto*, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo, o que si afecta también a los demás, es sólo por una participación libre, voluntaria y reflexivamente consentida por ellos” (la cursiva es mía)¹⁷⁶. A juicio de C. L. Ten, una conducta tiene efectos indirectos, en la concepción de John S. Mill, en otros “si afecta su felicidad simplemente porque les desagrada, o la encuentran repugnante o inmoral”¹⁷⁷.

En el mismo contexto, John S. Mill presenta una plausible posición crítica, diferente a la anterior, que no cuestiona los límites de la distinción entre actos que afectan a terceros o que conciernen sólo al propio individuo, sino la relevancia moral de la distinción misma para frenar una intervención:

“Y aun (se añadirá) si las consecuencias de la mala conducta pueden confinarse al individuo vicioso o irreflexivo, ¿debe la sociedad abandonar a su propia guía a aquellos que son manifiestamente incapaces para ello? Si a los niños y menores se les debe abiertamente una *protección contra ellos mismos*, ¿no está la sociedad también obligada a concedérsela a las personas de edad madura que son igualmente incapaces de gobernarse por sí mismas?

¹⁷⁵ Véase: Ten, C. L.: “Mill on Self-Regarding Actions”, en Spitz, David (ed.): Mill, John S.: *On Liberty* (A Norton Critical Edition), ed. Norton & Company, NY, 1975.

¹⁷⁶ Mill, John S.: *Sobre la libertad*, *cit.*, p.71. La existencia de esta esfera es “la razón propia de la voluntad humana” y ella comprende: a) el dominio interno de la conciencia, que exige la libertad de conciencia y la libertad de expresar y publicar las opiniones (estas últimas las considera John S. Mill prácticamente inseparables de la primera); b) libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros fines; y c) libertad de asociación.

¹⁷⁷ Ten, C. L.: “Mill on Self-Regarding Actions”, *cit.*, p. 241.

Si el juego, la embriaguez, la incontinencia, la ociosidad o la suciedad, son tan perjudiciales y tan grandes obstáculos para el mejoramiento como muchos o los más de los actos prohibidos por la ley, ¿por qué (puede preguntarse) no trata la ley de reprimirlos también en la medida compatible con la práctica y las conveniencias sociales?” (la cursiva es mía)¹⁷⁸.

John S. Mill describe aquí con total claridad la pretensión (ilegítima, en su opinión) del paternalista: no se trata de negar un ámbito de actos que afectan sólo al individuo que los realiza, sino de afirmar que es legítimo inmiscuirse en esa esfera privada del individuo cuando es necesario para evitarle daños auto-infligidos, asegurarle cierto grado de bienestar o procurarle la felicidad. Se trata igualmente de la pretensión denunciada por Wilhem von Humboldt de incluir entre los fines de la acción estatal a la felicidad individual, del *imperium paternale* criticado por Immanuel Kant o del despotismo benevolente de las sociedades democráticas de Alexis de Tocqueville¹⁷⁹. Creo que vale la pena destacar que John S. Mill se confiesa menos contrario a estas intervenciones que a aquellas que ponen al individuo al servicio de la sociedad: “si se ha de castigar a las personas adultas por no cuidar debidamente de sí mismas, preferiría que se hiciera invocando su propio interés que no con el fin de impedir que se incapaciten para hacer a la sociedad beneficios que la sociedad misma no pretende tener derecho a exigirles”¹⁸⁰. Pero, aceptado esto, ¿qué razones tiene John S. Mill para rechazar la pretensión del

¹⁷⁸ Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, p. 160.

¹⁷⁹ La influencia de Alexis de Tocqueville sobre John S. Mill en cuanto a esta preocupación por evitar la *tiranía de la mayoría* es reconocida por el propio John S. Mill en su *Autobiografía*. He de admitir que Alexis de Tocqueville merecería tanto como el resto de autores tratados en esta introducción un epígrafe separado y la única razón (no sé si suficiente) que tengo para haberlo excluido es evitar la prolijidad. Toda la magna obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, puede entenderse orientada a prevenir la amenaza de la particular forma de despotismo que se cierne sobre las naciones democráticas y que no es otro que, a su juicio, el Estado paternalista: “Creo –dice el autor- que si el despotismo se estableciera en las naciones democráticas contemporáneas, tendría otras características: sería más amplio y más benigno, y degradaría a los hombres sin atormentarlos (...) Si imagino con qué nuevos rasgos podría el despotismo implantarse en el mundo, veo una inmensa multitud de hombres parecidos y sin privilegios que los distinguen incesantemente girando en busca de pequeños y vulgares placeres, con los que contentan su alma, pero sin moverse de su sitio (...) Por encima se alza un poder inmenso y tutelar que se encarga exclusivamente de que sean felices y de velar por su suerte. Es absoluto, minucioso, regular, previsor y benigno. Se asemejaría a la autoridad paterna si, como ella, tuviera por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, por el contrario, no persigue más objeto que fijarlos irrevocablemente en la infancia; este poder quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Se esfuerza con gusto en hacerlos felices, pero en esa tarea quiere ser el único agente y el juez exclusivo; provee medios a su seguridad, atiende y resuelve sus necesidades, pone al alcance sus placeres, conduce sus asuntos principales, dirige su industria, regula sus traspasos, divide sus herencias, ¿no podría librarles por entero de la molestia de pensar y del trabajo de vivir?”, en Tocqueville, Alexis de: *La democracia en América*, vol. II., ed. Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 404 y 405, (trad. Dolores Sánchez de Aleu).

¹⁸⁰ Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, p. 160.

paternalista? El argumento general es, de acuerdo con su perspectiva utilitarista, que la humanidad sale ganando dejando que cada uno viva a su manera y ello por diversas razones. En primer lugar, lo que nuestro autor niega es que la coacción sea un medio adecuado para imponer el cuidado de sí mismas a las personas adultas; no idoneidad de la coacción en un doble sentido: a) por falta de necesidad, ya que hay disponibles otros medios menos gravosos como la educación en la juventud, el ejemplo y la propia experiencia de los individuos (sufrir las consecuencias de los propios errores), y b) por ineficacia, al menos en relación con los individuos de caracteres “vigorosos e independientes” (pudiendo tener incluso la imposición paternalista una función negativa de alentar el comportamiento que se quiere reprimir al convertirlo en una forma de rebelarse contra el poder). En segundo lugar, explica John S. Mill:

“Pero el argumento más fuerte contra la intervención del público en la conducta puramente personal, es que cuando interviene lo hace torcidamente y fuera de lugar (...) la opinión de una tal mayoría impuesta como ley sobre la minoría, en cuestiones de conducta personal tiene absolutamente las mismas probabilidades de ser acertada como equivocada, ya que en tales casos la opinión pública significa, a lo más, la opinión de unos cuantos respecto a lo que es bueno o malo para otros; y con frecuencia, ni siquiera esto representa, porque el público pasa, con la más perfecta indiferencia, sobre el placer y la conveniencia de aquellos mismos cuya conducta censura, y no considera sino su propia preferencia”¹⁸¹.

Creo que este argumento (el más fuerte) contra el paternalismo de John S. Mill cabe interpretarlo de dos maneras: en primer lugar, como la afirmación de que en las sociedades contemporáneas no se dan las circunstancias que hacen posible el paternalismo justificado y, en segundo lugar, como un corolario de su afirmación fundamental de que *cada uno es el mejor juez de sus propios intereses*.

Como esta primera interpretación no suele hacerse en relación con el argumento más fuerte de John S. Mill contra el paternalismo es conveniente tratar de fundamentar su corrección. John S. Mill trata de ilustrar que la intervención paternalista de la sociedad siempre es torcida con una serie de casos en los que una mayoría, con frecuencia imbuida de ciertas creencias religiosas, trata de imponer a la minoría que se abstenga de realizar una conducta que a ellos les desagrade: por ejemplo, no comer cerdo entre los

¹⁸¹ Mill, John S.: *Sobre la libertad*, cit., p. 164.

mahometanos, la incompatibilidad que los católicos (a los españoles se refiere nuestro autor) quisieran imponer entre el sacerdocio cristiano y el matrimonio, la condena de los puritanos de las diversiones públicas y la mayoría de las privadas, el nivelacionismo radical del proletariado o de cierta baja burguesía que trata de imponer limitaciones al lucro que los individuos pueden legítimamente obtener, la lucha contra la intemperancia prohibiendo la venta de bebidas alcohólicas, la imposición de los domingos como día no laborable y la persecución de los mormones. Todos estos casos, salvo el de la prohibición del consumo de alcohol, ilustran intervenciones *torcidas* porque, en realidad, no son paternalistas: el error, diría nuestro autor, es ser tan ingenuo de creer que una vez aceptada la posibilidad de intervenir en la esfera privada de los ciudadanos por su propio bien, la mayoría (o el Estado) no aprovecharía esto para acabar con cualquier diversidad e imponer un sólo plan de vida o modelo de conducta. Pero, además, en el caso del alcohol, John S. Mill se desentiende de la cuestión de si es de conocimiento universal los efectos perjudiciales de su consumo, e insiste en que de la argumentación de los defensores de la prohibición se desprende el reconocimiento a todos los hombres de un “determinando interés en la perfección moral, intelectual y aun física de cada uno, la cual ha de ser definida por cada reclamante según su propio criterio”¹⁸². Efectivamente, en todos estos casos, más que de una intervención paternalista, que trata de proteger a los individuos de sí mismos, se constatan intervenciones perfeccionistas en la que se impone cierta concepción dominante de la moral social; pero lo importante a destacar es, según creo, que lo que John S. Mill pretende demostrar de esta manera no es que el perfeccionismo sea incompatible con la concepción liberal de la sociedad, lo cual da por sentado, sino que la aceptación del paternalismo, dadas las circunstancias de las sociedades modernas, inevitablemente da lugar a prácticas perfeccionistas¹⁸³.

¹⁸² Mill, John S.: *Sobre la libertad*, cit., p. 172.

¹⁸³ Esta misma idea es la que Jack D. Douglas ha defendido al distinguir entre paternalismo cooperativo y paternalismo conflictivo. A su juicio, el paternalismo ejercido por los padres en relación con los hijos (el paternalismo genético) es la forma más importante de paternalismo cooperativo, el cual se define como “cualquier forma de paternalismo (hacer el bien a otros en nombre de lo que “es bueno para ellos”) en la que aquellos que actúan paternalistamente están actuando sinceramente para ayudar a la otra persona a devenir más independientemente competente a largo plazo, y la otra persona cree sinceramente que éste es el caso”. El paternalismo cooperativo es posible porque los sujetos involucrados perciben que su relación es sentimental; perciben que se quieren. Por el contrario, el paternalismo conflictivo se caracteriza porque “no está orientado a la competencia independiente e igualdad a largo plazo del miembro subordinado de la relación”; en estos casos, “los individuos pueden o no explotar a los sujetos subordinados materialmente, pero necesariamente los explotan en términos de poder y orgullo”. El altruismo recíproco que guía las relaciones familiares es el entorno necesario del paternalismo genético; la cuestión es, entonces, ¿bajo qué condiciones sociales puede existir este altruismo que permita la extensión social del paternalismo genético, es decir, formas de paternalismo cooperativo? Jack D. Douglas especula sobre las condiciones que han

La otra interpretación del porqué a juicio de John S. Mill la sociedad siempre intervendrá, cuando trata de ser paternalista, de forma torcida es que resulta inevitable que sea así porque los individuos son siempre los mejores jueces de sus propios intereses; dicho de otra manera, la autonomía, entendida como soberanía individual, y el bien individual siempre se corresponden. Sobre esto se ha levantado una verdadera tormenta de estudios críticos en torno a la cuestión de si la posición de John S. Mill en *On liberty* es compatible con su utilitarismo¹⁸⁴.

La clave de comprensión de la posición de John S. Mill está, a mi juicio, en su concepción del bien personal. Como ha señalado C. L. Ten, sea o no *On liberty* un escrito utilitarista, no cabe duda de que se opone al utilitarismo de Bentham, porque John S. Mill no concibe, en absoluto, el bien individual en términos de placer o dolor, sino en términos de auto-realización. John S. Mill acude a las propias palabras de Wilhem von Humboldt para explicarse, a quien cita literalmente en el pasaje en que éste se refiere al fin del hombre¹⁸⁵. Piense el lector, entonces, cómo contraponer auto-determinación a individualidad.

permitido el desarrollo de las prácticas más importantes de paternalismo social cooperativo: el feudalismo europeo y su evolución al sistema de patronazgo, el sistema *jajmani* indio, la “amigocracia” española, el paternalismo de los hacendados latinoamericanos, el sistema de *oyabun-kobun* en las fábricas japonesas, etc. En todos estos casos, la práctica se ha acercado más al modelo del paternalismo cooperativo conforme la *relación personal* entre la parte dominante y la parte dominada ha sido más estrecha. Sostiene nuestro autor que *obviamente* se desprende de esta investigación que el Estado paternalista (cooperativo) es un mito porque las condiciones de las modernas burocracias del bienestar (el Estado del bienestar) son las opuestas a las condiciones del paternalismo cooperativo. Véase: Douglas, Jack D.: “Cooperative Paternalism versus Conflictful Paternalism”, en Sartorius, Rolf (ed): *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 171-200.

¹⁸⁴ Juan Ramón de Páramo explica que Mill “defiende una versión del utilitarismo en sentido amplio, donde los deseos de las personas se clasifican en virtud de su mayor o menor valor, el cual está determinado por su mayor o menor vinculación con la libertad. Esta reconciliación –continúa el autor– entre el principio de utilidad y de libertad tiene, sin embargo, algunos inconvenientes. El principal de ellos consiste en las consecuencias que se derivan de su teoría de la naturaleza humana. El liberalismo de Mill justifica su compromiso con la libertad y la tolerancia de la diversidad en virtud de su doctrina de la autonomía; y la doctrina de la autonomía descansa en la creencia en el progreso y la perfectibilidad moral. En los casos en que el ejercicio de la libertad no promueva el progreso y la perfección moral, el ejercicio de la autonomía ya no queda justificado. La tesis de Mill implica que la libertad no sólo promueve la autonomía y la autodeterminación, sino que es parte constitutiva del progreso moral. El problema radica en la conexión entre el ejercicio de la autonomía y el progreso moral. Si tal conexión es contingente, no hay garantías de que el ejercicio de la libertad conduzca al desarrollo moral. Pero si tal conexión es conceptual, es decir, si la autonomía es parte constitutiva del desarrollo moral, su tesis es circular: las elecciones que se llevan a cabo en el ejercicio de la autonomía, son, por definición, elecciones moralmente correctas”, en De Páramo Argüelles, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo*, cit., pp. 48 y 49.

¹⁸⁵ “Pocas personas, fuera de Alemania, comprenden todavía el sentido de la doctrina sobre la cual Wilhem von Humboldt, tan eminente *savant* como político, compuso un tratado, a saber: que el fin del hombre, el

Esto mismo, se ha discutido con frecuencia en torno al caso de la esclavitud, sobre el cual John S. Mill, al igual que Wilhelm von Humboldt, considera que es razonable defender una excepción a la regla general por la que los compromisos voluntariamente aceptados deben ser cumplidos. John S. Mill sostiene que:

“Esta regla general, sin embargo, tiene en las leyes, probablemente, de todos los países, algunas excepciones. No sólo no se obliga al cumplimiento de compromisos que violan los derechos de terceros, sino que, a veces, se considera razón suficiente para liberar a una persona del cumplimiento de un compromiso, la de que éste sea perjudicial para ella misma. En éste, como en los más de los países civilizados, un compromiso por el cual una persona se vendiera, o consintiera en ser vendido, como esclavo, sería nulo y sin valor; ni la ley ni la opinión lo impondrían”¹⁸⁶.

El fundamento de esta medida paternalista es evidente para John S. Mill:

“...vendiéndose como esclavo abdica de su libertad; abandona todo el uso futuro de ella para después de este único acto. Destruye, por consiguiente, en su propio caso, la razón que justifica que se le permita disponer de sí mismo. Deja de ser libre; y, en adelante, su posición es tal que no admite en su favor la presunción de que permanece voluntariamente en ella. El principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre”¹⁸⁷.

Para terminar, quisiera hacer referencia a los casos particulares que John S. Mill expone para ilustrar la aplicación de su principio, los cuales son muy interesantes para juzgar las dificultades de su posición y con frecuencia son pasados por alto. Por ejemplo, partiendo de que el “comercio es un acto social”, John S. Mill sostiene que, en consecuencia, la intervención en todo su ámbito viene permitida por el principio de daño, si bien la coacción puede ser ilegítima en tanto que no alcance sus objetivos, pero ello tan sólo porque toda coacción en sí es un mal, no porque se interfiera con la esfera de libertad individual. El resultado de este razonamiento es que su teoría de la libertad nada dice sobre “la intervención pública admisible para prevenir el fraude por adulteración” o “en

prescrito por los eternos e inmutables dictados de la razón, y no el sugerido por deseos vagos y transitorios, es el desenvolvimiento más elevado y más armonioso de sus facultades en un conjunto completo y consistente”. Véase: Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, pp. 128 y 129.

¹⁸⁶ Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, pp. 189 y 190.

¹⁸⁷ Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, p. 190.

qué tanto pueden los patronos ser obligados a tomar determinadas medidas sanitarias o de protección de los obreros empleados en trabajos peligrosos”¹⁸⁸. Sin embargo, sí entraría en contradicción con la libertad “la prohibición de importar opio en China” o “la restricción de la venta de venenos”¹⁸⁹, donde se interfiere, en realidad, con la libertad del comprador. En cuanto a las funciones de seguridad de la administración, John S. Mill advierte, como Wilhelm von Humboldt, del peligro de abuso en la prevención, aunque es menos radical que éste pues John S. Mill admite que “si nunca se compraran ni usaran venenos más que para cometer asesinatos, sería justo prohibir su fabricación y venta”¹⁹⁰. John S. Mill admite que es función de la autoridad pública evitar accidentes, por lo que “si un funcionario público u otra persona cualquiera viera que alguien intentaba atravesar un puente declarado inseguro, y no tuviera tiempo de advertirle del peligro, podría cogerlo y hacerle retroceder sin atentar por esto a su libertad, puesto que la libertad consiste en hacer lo que uno desee, y no desearía caer en el río”¹⁹¹. Si el daño es sólo posible y no seguro, la autoridad debe limitarse a advertirlo. También el derecho de la sociedad a protegerse de los crímenes “sugiere –dice John S. Mill- obvias limitaciones a la máxima según la cual la mala conducta puramente personal no puede ser objeto de prevención o castigo”¹⁹²: por ejemplo, quien ha cometido un crimen en estado de embriaguez puede ser obligado a permanecer sobrio en el futuro. Por supuesto, pueden ser castigados aquellos actos que son atentados a la decencia por ejecutarse con publicidad. John S. Mill no se atreve a afirmarlo con rotundidad pero le parece plausible que las casas de juego y el proxenetismo sean prohibidos, no para evitar el juego y la fornicación en sí, sino para evitar que algunos saquen provecho de estas actividades, así: “nada se pierde ni se sacrifica ningún bien ordenando las cosas de manera que las personas puedan hacer su elección, discreta o estúpidamente, pero por su propia determinación, lo más libres que sea posible de las argucias de personas que estimulan sus inclinaciones en interés de sus propósitos personales”¹⁹³. Sin embargo, no estaría

¹⁸⁸ Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, p. 180.

¹⁸⁹ Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, p. 181.

¹⁹⁰ *Ibidem.*

¹⁹¹ Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, pp. 181 y 182.

¹⁹² Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, p. 183.

¹⁹³ Mill, John S.: *Sobre la libertad, cit.*, p. 186.

justificado, a su juicio, la prohibición de venta de alcohol, porque los expendedores de bebidas son indispensables para el uso legítimo de ellas (sin abuso).

La conclusión de este apartado es, a mi juicio, que en la doctrina de John S. Mill sobre la libertad individual hay un rechazo general del paternalismo que es, compatible, sin embargo, con un paternalismo restringido en casos especiales. Juan Ramón de Páramo ha destacado que la tesis de John S. Mill descansa en la distinción entre actos auto-referentes y hetero-referentes, “pero también –dice este autor- se debe a su concepción gradual de la autonomía”¹⁹⁴. De ahí que su principio de libertad “estaba dirigido a sujetos con una madurez intelectual suficientemente desarrollada”¹⁹⁵ y, además, “Mill –continúa Juan Ramón de Páramo- concedía ciertas restricciones temporales y de un ámbito reducido sobre la libertad para favorecer el desarrollo de la autonomía”¹⁹⁶. Estoy de acuerdo con este autor sobre que John S. Mill “dibuja un concepto demasiado optimista del desarrollo moral individual”¹⁹⁷ (optimismo mucho más atenuado en *Utilitarianism*) y que, en definitiva, una visión más realista del individuo en sociedad le hubiera restado contundencia a la proclamación de su “sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo”¹⁹⁸.

3.5. Comentario de Rudolf von Ihering sobre el “fracaso” de Wilhelm von Humboldt y John S. Mill

Rudolf von Ihering afirma rotundamente en *El fin en el Derecho* que “el progreso en el desarrollo del Estado y del derecho es un aumento continuo de las exigencias que hacen ambos al individuo”¹⁹⁹. Cada necesidad social satisfecha “entraña el germen de otra nueva”²⁰⁰ que supone aumentar la lista de fines sociales y, en consecuencia, aumentar las obligaciones del individuo: por ejemplo, la obligación de contribuir con sus

¹⁹⁴ De Páramo, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo*, cit., p. 74.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ De Páramo, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo*, cit., p. 75.

¹⁹⁸ Mill, John S.: *Sobre la libertad*, cit., p. 68.

¹⁹⁹ Ihering, Rudolf von: *El fin en el derecho*, ed. Comares, Granada, 2000, p. 351.

²⁰⁰ *Ibidem*.

impuestos, la obligación de prestaciones personales como el servicio militar o el servicio de jurado y, en general, el cumplimiento de las leyes de policía y penales. Rudolf von Ihering se pregunta, sin embargo, cuándo el individuo está en orden con la sociedad y ya puede proclamar su derecho a no ser interferido, cuándo puede decir “hasta aquí”.

Rudolf von Ihering nos propone buscar la respuesta en el Derecho romano porque es donde más profundamente se entendió la independencia del individuo. Pero allí encontramos “restricciones de derecho privado en interés de la sociedad” por todos lados: la *patria potestas* debe ejercerse sin olvidar que los hijos no son sólo para el padre, “sino también para sí mismos y la comunidad”²⁰¹; el patrimonio es para el disfrute como le plazca al propietario mientras viva, pero sólo porque el egoísmo es garantía de que será guardado y cuidado, si no es así, entonces se ha de colocar al propietario como pródigo bajo tutela (*cura prodigi*), “pues tu patrimonio no es sólo para ti –dice el Derecho–, sino también para los tuyos”; igualmente, no se puede excluir heredero libremente, etc.

Estas restricciones en interés de la sociedad, explica Rudolf von Ihering, han ido continuamente en aumento: así en las relaciones de los padres con los hijos, sobre las cuales el autor prevé (muy acertadamente en relación con el Derecho actual) y alienta una mayor intervención de la sociedad y, también, con respecto a la institución de la propiedad, pues se permite al propietario perseguir su interés propio sólo porque se cree que éste corresponde con el interés de la sociedad y, cuando esto no ocurre, la sociedad interviene: por ejemplo, se estatuye “la libertad de excavación en el derecho minero” o la imposibilidad de excluir herederos.

“No es verdad por tanto—sostiene Rudolf von Ihering— que la propiedad, según su “idea”, encierre en sí el poder absoluto para disponer de ella (...) la “idea de la propiedad” no puede contener nada que esté en contradicción con la “idea de sociedad”. Esta noción es todavía un último resto de aquella noción del derecho natural que aislaba al individuo en sí mismo (...) El principio de la inviolabilidad de la propiedad equivaldría a la entrega de la sociedad a la incomprensión, al capricho y a la obstinación, al egoísmo criminal más descarado del individuo— “que sucumba todo, siempre que quede mi casa, mi tierra, mi ganado”. ¿Pero te quedan estos en realidad, miope? Los peligros que amenazan a todos, también te amenazan a ti; la inundación, el fuego, la peste en el enemigo corren también hacia ti; en la ruina general serás

²⁰¹ Ihering, Rudolf von: *El fin en el derecho*, cit., p. 354.

enterrado tu también –los intereses de la sociedad son en verdad los tuyos propios y si la última interfiere restrictivamente, lo hace tanto en su favor como a favor tuyo”²⁰².

Rudolf von Ihering continúa agregando ejemplos de restricciones en interés de la sociedad: las servidumbres, la expropiación, la usucapión, la accesión... En resumen, afirma con rotundidad el “carácter social del derecho privado”. Ahora bien, la pregunta sobre el *límite del poder del Estado y del derecho frente a la esfera de libertad del individuo* permanece. Aquí no se trata de la relación del individuo con la sociedad (que Rudolf von Ihering resume en la fórmula: “cada cual existe para sí-cada uno existe para el mundo-el mundo existe para cada uno”²⁰³), sino del *hasta qué punto*: “¿Logrará alguien determinar claramente –se pregunta Rudolf von Ihering- alguna vez el “hasta qué punto”?” Rudolf von Ihering lo duda porque, a su juicio: “el problema es eternamente fluido”²⁰⁴.

De ahí, el fracaso, explica Rudolf von Ihering, de Wilhelm von Humboldt y John Stuart Mill: “ambos, en mi opinión, igualmente influidos por el error fundamental de la doctrina del derecho natural (individualista) del siglo pasado, de que el Estado y la sociedad se podrían edificar desde el punto de vista del individuo”²⁰⁵.

Rudolf von Ihering resume las tesis principales de Wilhelm von Humboldt, que ya hemos visto, y las sintetiza en una sola: el único y verdadero fin es el individuo. Precisamente en ella reside, a juicio de nuestro autor, el error, pues Wilhelm von Humboldt ignora totalmente el pensamiento de que el “hombre existe también para los demás, que la sociedad, que lo convierte realmente en hombre, también tiene derechos sobre él y puede exigir que contribuya a sus fines, como ella a los suyos”²⁰⁶. Rudolf von Ihering destaca, no obstante, que el objetivo de Wilhelm von Humboldt es ideal; que se trata del desarrollo de la *individualidad*, en los términos que ya conocemos, y que el gran

²⁰² Ihering, Rudolf von: *El fin en el derecho*, cit., p. 359.

²⁰³ Ihering, Rudolf von: *El fin en el derecho*, cit., p. 367.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Ihering, Rudolf von: *El fin en el derecho*, cit., p. 370.

pensador alemán “de esa libertad lo espera todo”. Finalmente, Rudolf von Ihering califica al escrito de Wilhem von Humboldt de “sueño de su juventud”.

Por lo que respecta a John Stuart Mill, Rudolf von Ihering señala que “la fórmula” de este autor es esencialmente la misma que la de Wilhelm von Humboldt: una doble manera ejercer la libertad individual, “una en la que los efectos se limitan exclusivamente al que obra, y otra en la que estos se extienden también a otros –yo pongo en lugar de ellos mi expresión de la sociedad; si los mismos son de naturaleza nociva, debe concederse al legislador el derecho de obstruir un uso semejante de la libertad; en el primer caso, no”²⁰⁷. Y a esta distinción misma se dirige la crítica contundente de Rudolf von Ihering:

“Pero todas las acciones para las que tiene sentido plantear el problema, extienden sus efectos sobre otras, las últimas son siempre afectadas por ellos, y sólo por esa razón las conoce en general la sociedad. No conozco ningún ejemplo de un aforismo jurídico que haya tenido por finalidad obligar al individuo contra su propia voluntad a su dicha en su propio interés; donde se presenta la apariencia, se hace siempre en interés de la sociedad. El aseguramiento del bien del individuo no es fin en sí mismo, sino solamente medio para el fin de la seguridad del bien de la sociedad; la sociedad no tiene que defenderse contra el efecto nocivo primario sobre el sujeto, sino contra los efectos secundarios sobre sí misma”²⁰⁸.

Rudolf von Ihering ataca duramente la falta de coherencia de John S. Mill en los casos particulares que presenta para ilustrar la aplicación de su principio, que vimos en el apartado anterior. A juicio de Rudolf von Ihering esta coherencia con el principio de libertad es simplemente imposible:

“El brillante naufragio –dice Rudolf von Ihering- que han sufrido dos pensadores como Humboldt y Mill en el problema anterior, no está en ellos mismos, sino en el hecho que el problema es insoluble. El que dirige su barco hacia un escollo para forzar el paso a través del mismo, no puede asombrarse de que el barco se estrelle. Por nuestra parte arriamos las velas de nuestra nave porque desesperamos de la posibilidad de traspasarlo. ¿Encontrará alguna vez el paso un piloto feliz? No creo en ello –la legislación como hasta

²⁰⁷ Ihering, Rudolf von: *El fin en el derecho*, cit., p. 373.

²⁰⁸ *Ibidem*.

aquí ajustará también en el futuro las restricciones de la libertad personal, no según una fórmula doctrinaria abstracta, sino según la necesidad práctica”²⁰⁹.

4. La reciente discusión sobre el paternalismo

4.1. La polémica entre Herbert L. A. Hart y Patrick Devlin

Quizás no sea muy arriesgado sostener que fue Herbert L. A. Hart el primero que, para referirse a cierto conjunto de leyes coactivas que contradecían el principio de John S. Mill, introdujera en la discusión iusfilosófica el término “paternalismo”. Esto ocurrió en la famosa polémica sostenida, a finales de los años cincuenta, entre Herbert L. A. Hart y Patrick Devlin al respecto de la imposición jurídica de las normas morales.

BIBLIOTECA VIRTUAL

Como es bien sabido, en 1954 se constituyó en Inglaterra un comité, conocido como *Comité Wolfenden*, al objeto de reconsiderar la persecución penal de la homosexualidad y la prostitución. Unos años más tarde, en 1957, el comité recomendaba encarecidamente en su informe final *que la práctica de la homosexualidad entre adultos que consienten y en privado* dejará de ser considerada un delito²¹⁰. A pesar de que otras de sus recomendaciones se siguieron por las autoridades (las relativas a la prostitución callejera, por ejemplo), la práctica de la homosexualidad continuó persiguiéndose penalmente. Herbert L. A. Hart explica que las recomendaciones del comité estaban fundadas en una argumentación muy similar a la usada por John S. Mill en *On Liberty*: en concreto, la recomendación sobre la despenalización de la homosexualidad se basaba en el principio expresado en la sección 61 del informe: “Tiene que quedar un reino de moralidad e inmoralidad privada que, en términos breves y crudos, no es asunto del derecho”²¹¹. Contra este principio Patrick Devlin afirmó la validez del siguiente: “la supresión del vicio es tanto asunto del derecho como la supresión de las actividades subversivas”²¹².

²⁰⁹ Ihering, Rudolf von: *El fin en el derecho*, cit., p. 377.

²¹⁰ Hay que precisar que se trata únicamente de la homosexualidad entre hombres. Las relaciones homosexuales entre mujeres no estaba penada.

²¹¹ La cita pertenece a Hart, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, ed. Stanford University Press, 1963, pp. 14 y 15.

²¹² Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals*, ed. Oxford University Press, 1968, p. 13.

Herbert L. A. Hart tomó posición a favor de las conclusiones del Comité y utilizó el concepto de paternalismo para tratar de rebatir uno de los argumentos principales de Patrick Devlin. Este último afirmaba lo siguiente:

“El Derecho penal de Inglaterra se ha ocupado desde sus orígenes de los principios morales. Una forma sencilla de comprobar esta afirmación es considerar la actitud que el Derecho penal ha tomado con respecto al consentimiento.

Salvo ciertas excepciones inherentes a la naturaleza de determinados delitos, el Derecho penal nunca ha permitido que el consentimiento de la víctima sea usado como una eximente. En la violación, por ejemplo, la negativa a consentir es un elemento esencial, pero el consentimiento de la víctima no es una eximente contra la acusación de asesinato. No es una eximente en relación con cualquier forma de agresión (*assault*) que la víctima crea que su castigo es merecido y se someta a él; para presentar una buena defensa el acusado debe probar que el Derecho le confiere el derecho a castigar y que lo ha ejercido razonablemente. Asimismo es verdad que la víctima no puede perdonar al agresor y requerir al fiscal para que desista; el derecho de hacer un *nolle prosequi* pertenece únicamente al fiscal general.

Ahora bien, si el Derecho existe para la protección del individuo, no habría razón por la que el individuo debería aprovecharse de él si no quiere. La razón por la que un hombre no puede consentir previamente a la comisión de un delito contra él o perdonarlo después de realizado es porque se trata de un delito contra la sociedad”²¹³.

Herbert L. A. Hart sostiene, por el contrario, que:

“Las normas que excluyen el consentimiento de la víctima como una eximente contra las acusaciones de asesinato o agresión pueden ser perfectamente explicadas como un caso de paternalismo, dirigido a *proteger a los individuos de sí mismos*. Mill sin duda habría protestado contra una política paternalista de usar el derecho para proteger de daños corporales incluso a una víctima que consiente, tanto como protestó contra leyes usadas meramente para imponer la moralidad positiva; pero esto no significa que esas dos políticas sean idénticas. Efectivamente, Mill mismo era muy consciente de la diferencia entre ellas: ya que condenando la interferencia con la libertad individual excepto para evitar daños a otros menciona *distintos* tipos de razones inadecuadas que han sido ofrecidas para el uso de la

²¹³ Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals, cit.*, p. 6. La concepción del moralismo jurídico que mejor explica la posición de Patrick Devlin es la que lo pone en relación con el denominado *comunitarismo*, de manera que se trata de imponer coactivamente la moral de una sociedad, en la medida en que se entiende que cierto conjunto de creencias y valores tienen un carácter constitutivo de ese grupo social. Lo que parece estar en juego en los actos que atentan contra la moral social es, por tanto, la existencia de la sociedad misma. Sobre esta aproximación al concepto de moralismo jurídico, véase: Colomer, José Luis: “Libertad individual y límites del derecho”, en Díaz, Elías y José Luis Colomer (dirs.): *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 183 y ss.

compulsión. Él distingue “porque será mejor para él” y “porque le hará más feliz” de “porque en opinión de otros sería correcto ” (la cursiva es mía)²¹⁴.

Herbert L A. Hart cita como ejemplo de un delito que puede ser justificado en razones paternalistas el de la prohibición de suministrar drogas a adultos sin prescripción médica.

La doctrina de Herbert L. A. Hart trata, por tanto, de considerar el *problema del paternalismo* como diferente del *problema del perfeccionismo*, tanto en lo relativo al concepto como en lo relativo a la justificación. A pesar de que ambos principios, paternalista y perfeccionista, se opongan al principio de daño de John S. Mill y que puedan dar la misma solución normativa a un caso concreto (por ejemplo, en la punición del auxilio al suicidio o de las prácticas sadomasoquistas)²¹⁵, no se deben confundir. La acción paternalista se centra en la idea de evitar daños²¹⁶ y su justificación pasa por cuestionar la plausibilidad de la premisa fundamental de John S. Mill de que el individuo conoce siempre mejor que nadie sus propios intereses. Herbert L. A. Hart sostiene que la desconfianza general en la verdad de esta premisa es debida

“a una conciencia creciente de un gran conjunto de factores que disminuyen la significación que hay que atribuir a una elección o consentimiento aparentemente libre. Las elecciones –continúa Herbert L A. Hart- pueden ser hechas o el consentimiento dado sin adecuada reflexión o apreciación de las consecuencias; o en persecución de deseos meramente transitorios; o en diversas situaciones difíciles cuando el juicio está probablemente oscurecido; o bajo compulsión psicológica interna; o bajo presión por otros de una especie demasiado sutil para ser susceptible de prueba en un tribunal.

²¹⁴ Hart, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, cit., p.31.

²¹⁵ La coincidencia se da en los hechos concretos pero, en realidad, bien pudiera decirse que no se trata del mismo caso, porque las propiedades relevantes para cada principio son diferentes: por ejemplo, en la punición del auxilio al suicidio, la propiedad relevante para el moralista jurídico es que se trate de un acto, quitar(se) la vida, contra la moral social, mientras que para el paternalista es que se trate de un acto, consentir a la propia muerte, que daña al propio individuo que lo lleva.

²¹⁶ Lo que permitió a Patrick Devlin retorcer el argumento de Herbert L. A. Hart: del paternalismo físico, al paternalismo moral y, de éste, sin solución de continuidad, al moralismo jurídico. El presupuesto de la posición de Herbert L. A. Hart es que el campo denotativo de los actos inmorales no coincide con el de los actos dañosos y ofensivos: hay actos dañosos que no son inmorales y actos inmorales que no son dañosos. Sobre el concepto de moralismo jurídico, véase: Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing (The Morals Limits of the Criminal Law)*, vol. IV, ed. Oxford University Press, 1990, pp. 3 y ss; sobre el concepto de daño, véase: Feinberg, Joel: *Harm to Others, (The Morals Limits of the Criminal Law)* vol. I, cit.; y, finalmente, sobre el concepto de ofensa: Feinberg, Joel: *Offense to Others, (The Morals Limits of the Criminal Law)*, vol.II, cit.

Subyaciendo al miedo extremo de Mill al paternalismo hay, quizás, una concepción de cómo es un ser humano normal que ahora no parece corresponder a los hechos. Mill, de hecho, le atribuye demasiado de la psicología de un hombre de mediana edad cuyos deseos están relativamente fijados, no sujeto a ser artificialmente estimulado por influencias externas; que sabe lo que quiere y lo que le produce satisfacción o felicidad; y que persigue esas cosas cuando puede”²¹⁷.

Además, Herbert L. A. Hart no sólo sostiene la diferencia entre paternalismo y perfeccionismo sino que considera en general aceptable el paternalismo jurídico. A su juicio, la *protección de la gente contra sí misma* es “una política perfectamente coherente” e, incluso, añade que “parece muy extraño en la mitad del siglo XX insistir sobre esto, pues la mengua del “*laissez-faire*” desde los días de Mill es uno de los lugares comunes de la historia social, y ahora abundan ejemplos de paternalismo en nuestro derecho, penal y civil”²¹⁸. La “extrañeza” de Herbert L. A. Hart resulta hoy extraña a su vez, dada la proliferación del neoliberalismo, pero es perfectamente explicable atendiendo a las creencias políticas del momento, generalizadas en los países capitalistas desarrollados. Como ya se mencionó al tratar del paternalismo industrial, el dogmático anti-intervencionismo estatal del siglo XIX había sido fuertemente erosionado en la teoría y la práctica desde principios de siglo; tras la crisis de 1929, y más aún tras la Segunda guerra mundial, pocos cuestionaban seriamente la intervención del Estado en la economía y su compromiso con el bienestar individual. El hecho es que cuando Hart escribió esas palabras, los países desarrollados vivían una verdadera “edad de oro”²¹⁹ en el avance económico y de igualdad social, sin precedentes en la historia de la humanidad, en parte gracias a este “intervencionismo” estatal.

En resumen, el punto de vista de Herbert L. A. Hart sobre el paternalismo tiene dos aspectos que pueden muy bien caracterizar la discusión actual: en primer lugar, separar al paternalismo del problema más general de las relaciones entre Derecho y moral y, en segundo lugar, una actitud, al menos como punto de partida, favorable a la aceptación del paternalismo jurídico. Además, se podría añadir un tercer rasgo que quizás se deba a la

²¹⁷ Hart, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, cit., pp. 32 y 33.

²¹⁸ Hart, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, cit., p. 32.

²¹⁹ Tomo la expresión de Eric Hobsbawm. Véase: Hobsbawm, Eric: *Historia del siglo XX*, ed. Crítica, Barcelona, 1996.

costumbre de tomar a John S. Mill como referencia: la atención preferente al paternalismo ejercido por medio de la coacción penal.

4.2. La aceptación del paternalismo en el liberalismo rawlsiano

La confianza mostrada por Herbert L. A. Hart sobre que el paternalismo fuera una política perfectamente coherente, se vio confirmada por la aceptación de la posibilidad de justificar algunos casos de paternalismo en la que merece ser considerada la obra clásica más reciente del pensamiento liberal; me refiero a la *Teoría de la justicia* de John Rawls²²⁰. Esta obra tuvo además una significación especial porque funda un nuevo período en la filosofía práctica contemporánea de “rehabilitación de la razón práctica”.

John Rawls no entra a fondo a discutir el problema del paternalismo y tan sólo nos presenta algunos apuntes sobre la compatibilidad de su justificación, en algunos casos, con la teoría de la justicia. Además, este autor se basa fundamentalmente en la teoría sobre el paternalismo de Gerald Dworkin que tendremos oportunidad de ver en profundidad en el siguiente capítulo.

John Rawls hace referencia al paternalismo al tratar de clarificar cómo se aplican sus principios de justicia para las instituciones, en concreto, cuando se refiere a la importante “prioridad” del principio de libertad que significa “que la libertad solamente puede ser restringida a favor de la libertad en sí misma”²²¹. La restricción de la libertad por la libertad puede hacerse de dos maneras:

“las libertades básicas pueden ser menos extensas, aunque aún iguales, o pueden ser desiguales. Si la libertad es menos extensa, el ciudadano representativo lo considerará como un beneficio de su libertad en equilibrio, y si la libertad es desigual, la de aquellos que posean menor libertad ha de quedar mejor asegurada”²²².

²²⁰ Rawls, John: *Teoría de la Justicia*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

²²¹ Rawls, John: *Teoría de la Justicia*, cit., p. 230.

²²² *Ibidem*.

Sin embargo, habría además dos clases de circunstancias “que justifican o excusan una restricción de la libertad”²²³: en primer lugar, “las limitaciones y accidentes naturales de la vida humana o de contingencias históricas y sociales” y, en segundo lugar, cuando “la injusticia ya existe, tanto en las disposiciones sociales como en la conducta de los individuos”²²⁴. La cuestión de qué principios han de mediar la aplicación de los principios de justicia en estas circunstancias constituye la *teoría no ideal de la justicia*, que se elabora a partir de la teoría ideal (principal preocupación de John Rawls). Así, en la argumentación sobre la aplicación de la teoría ideal a sociedades realmente existentes y a seres humanos en la vida ordinaria, surge naturalmente el tema del paternalismo; John Rawls se refiere a la “libertad menos extensa de los niños” como una regulación de “los rasgos naturales de la condición humana”²²⁵.

John Rawls nos describe el razonamiento en la posición original sobre el paternalismo de la siguiente manera:

“En la posición original, las partes (...) querrán asegurarse contra la posibilidad de que no se desarrollen sus poderes y no puedan satisfacer de un modo racional sus intereses, como ocurre en el caso de los niños; o que, por alguna desgracia o algún accidente, queden incapacitados para tomar decisiones que les beneficien, como ocurre en el caso de las personas seriamente disminuidas o mentalmente trastornadas”²²⁶.

De acuerdo con este texto, parece que sólo se justificaría el paternalismo en relación con las acciones y decisiones de los individuos que no son sustancialmente autónomas, siempre que esto sea necesario por su propio bien; sin embargo, John Rawls añade lo siguiente:

“Es también racional, por su parte, protegerse contra sus propias inclinaciones irracionales, conviniendo en una escala de castigos que les dará un motivo suficiente para evitar acciones desatinadas, y aceptar ciertas imposiciones proyectadas para reparar las consecuencias lamentables de su conducta

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ Rawls, John: *Teoría de la justicia*, cit., p. 234.

imprudente. En estos casos, los grupos adoptan principios que estipulan cuándo otros están autorizados para actuar en beneficio propio, y para supeditar sus actuales deseos si es necesario; y esto lo hacen reconociendo que algunas veces su capacidad de actuar racionalmente para conseguir su propio bien puede disminuir o desaparecer en su totalidad”²²⁷.

De manera que parece que también estaría justificado proteger a los individuos de sus decisiones y acciones “desatinadas” o “imprudentes”, sean o no sustancialmente voluntarias. Sobre esta última interpretación, no queda claro, no obstante, como ha señalado Joel Feinberg, si John Rawls defendería la validez moral del paternalismo ejercido sobre sujetos que actúan voluntariamente o asumiría una teoría del “consentimiento hipotético-racional”, de acuerdo con la cual una elección, o un consentimiento, irracional son siempre necesariamente involuntarios, dado que lo que la persona *realmente* quiere es siempre lo racional²²⁸.

Sobre los criterios que han de guiar la aplicación del principio paternalista, John Rawls introduce muy brevemente una serie de ideas:

“Esta autorización –dice John Rawls- sólo se pone en práctica cuando no podemos cuidar de nosotros mismos. Las decisiones paternalistas –continúan de guiarse por las propias preferencias del individuo y por sus intereses, en tanto que no sean irracionales o, a falta de conocimiento de estos intereses, por la teoría de los bienes primarios”²²⁹.

A esto añade la idea de que justificar la intervención es justificar “que el individuo en cuestión aceptaría nuestra decisión en su favor y estaría de acuerdo con nosotros en que hicimos lo mejor”²³⁰; si bien, inmediatamente matiza que esto no es suficiente. Finalmente, John Rawls, que parece temer que su argumento se deslice por una pendiente resbaladiza hacia un intervencionismo no liberal, insiste: “la intervención paternalista – dice el autor- ha de justificarse por la pérdida evidente o la ausencia de razón o de

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self (The Moral Limits of the Criminal Law)*, cit., pp. 184-186.

²²⁹ Rawls, John: *Teoría de la justicia*, cit., p. 234.

²³⁰ *Ibidem*.

voluntad; y debe guiarse por los principios de la justicia y por lo que se conoce acerca de los intereses más permanentes del individuo o por el cómputo de bienes primarios”²³¹.

La influencia de John Rawls podría sintetizarse de la siguiente manera: en primer lugar, un estímulo para recobrar el interés por cuestiones de ética prescriptiva y, entre ellas, sobre la justificación del paternalismo; en segundo lugar, John Rawls acepta la existencia de casos de paternalismo justificado²³²; y, en tercer lugar, influyó en el contenido de la reflexión sobre el paternalismo, como se manifiesta en la importancia dada a la noción de consentimiento (en sus más diversas formas) para justificar intervenciones paternalistas.

5. Esquema de la tesis

Hasta aquí por lo que respecta a los antecedentes de la discusión actual sobre el paternalismo. En lo que sigue, en esta tesis se tratará de una serie de autores que tienen en común (1) haber dedicado una especial atención al problema del paternalismo, (2) indagando la posibilidad de un paternalismo justificado y, por tanto, sin dar por supuesto que todo paternalismo es *per se* injustificado y (3) con trabajos que han tenido una notable influencia en el ámbito de la filosofía práctica.

El segundo capítulo se dedicará a Gerald Dworkin, quien publicó en 1971 un artículo titulado “*Paternalism*”²³³ que suscitó un grandísimo interés y dio lugar a una gran cantidad de réplicas y comentarios en los países de habla inglesa. Gerald Dworkin definía el “paternalismo” como “*la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores de la persona coaccionada*”²³⁴, y adjuntaba una larga lista de interferencias jurídicas que, por un lado, parecían ser muy razonables y, por otro,

²³¹ Rawls, John: *Teoría de la justicia*, cit., p. 235.

²³² Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, cit., pp. 230 y ss.

²³³ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Wasserstrom, R. A. (ed.): *Morality and the Law*, ed. Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971.

²³⁴ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, p. 20.

tener como único fundamento el paternalismo. Entre ellas se incluían las leyes que obligan a llevar el cinturón de seguridad en los automóviles o el casco en las motocicletas, que prohíben bañarse en las playas sin vigilancia, que hacen ilegal ciertos trabajos para mujeres y niños, que prohíben el juego, etc. Este autor proponía como criterio principal de justificación del paternalismo la condición de que el afectado por la medida consintiera (o fuera razonable pensar que consentiría) en el futuro a la misma.

En el tercer capítulo, se estudiará parte de la obra de Joel Feinberg dedicada al paternalismo. Este autor publicó en 1970 un artículo titulado “*Legal Paternalism*”²³⁵, donde definía el “paternalismo jurídico” como el principio que “*justifica la coerción estatal para proteger individuos de daños auto-infligidos o, en su versión extrema, para guiarlos, les guste o no, hacia su propio bien*”²³⁶. Años más tarde, Joel Feinberg retomaría el problema del paternalismo, limitándose al ámbito del Derecho penal, en su influyente y amplia obra *The Moral Limits of the Criminal Law*, donde, en su volumen tercero (*Harm to Self*) define el “paternalismo jurídico” como el principio que afirma que “*siempre es una buena y relevante (aunque no necesariamente decisiva) razón en defensa de una prohibición criminal que prevendrá daños (físicos, psíquicos o económicos) al mismo sujeto*”²³⁷. Para este autor, el paternalismo se justifica únicamente cuando afecta a decisiones insuficientemente voluntarias de los individuos o cuando es necesario (temporalmente) para establecer si una decisión es o no lo suficientemente voluntaria.

En el capítulo cuarto, se estudiará la categoría del paternalismo en la obra de Ernesto Garzón, quien, en su artículo “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”²³⁸, define el “paternalismo jurídico” de la siguiente manera: “*el paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o*

²³⁵ Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en *Canadian Journal of Philosophy* 1, n°1, pp. 106-24.

²³⁶ Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf (ed.): *Paternalism*, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, p. 3.

²³⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Self (The Moral Limits of the Criminal Law)*, cit., p. 4.

²³⁸ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”, en *DOXA*, 5(1988).

económico) de la persona a quien se impone esa medida”²³⁹. La doctrina sobre el paternalismo de este autor ha sido muy influyente en el ámbito de la filosofía práctica en lengua española. Además, la categoría del paternalismo es, como veremos, de una extraordinaria importancia para la comprensión de la obra de Ernesto Garzón. Este autor propone como criterio principal de justificación del paternalismo la constatación de la incompetencia básica del afectado por la medida.

El capítulo quinto, se dedicará al estudio del paternalismo médico. En el ámbito de la bioética es donde mayor relevancia ha cobrado la discusión sobre el paternalismo, puesto que, a juicio de muchos autores, el paternalismo sería el problema central de la práctica de la medicina. En este capítulo se estudiarán una serie de autores que, en mi opinión, han hecho las aportaciones más profundas, sistemáticas y útiles a la discusión sobre el paternalismo: en particular se tratarán las obras de Tom L. Beauchamp y James F. Childress, Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner Clouser y, finalmente, Allen Buchanan.

Por último, en el capítulo sexto -Esbozo para una teoría del paternalismo-, trataré de exponer sistemáticamente mi propia posición sobre el problema del concepto y la justificación del paternalismo.

²³⁹ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”, *cit.*, p. 156.

CAPÍTULO II

El concepto y la justificación del paternalismo jurídico en Gerald Dworkin

BIBLIOTECA VIRTUAL



1. Introducción

Gerald Dworkin es autor del artículo más importante en la reciente discusión sobre el paternalismo en el ámbito de la filosofía jurídica, moral y política. Este artículo, titulado “*Paternalism*”¹, ha tenido desde su publicación en 1971 una extraordinaria repercusión, convirtiéndose en referencia ineludible sobre el tema². Todos los autores que se estudiarán a lo largo de esta tesis han tomado el ensayo de Gerald Dworkin como punto de partida para hacer sus propuestas sobre el concepto y la justificación del paternalismo.

En mi opinión, el éxito de Gerald Dworkin se debe, en gran medida, al acierto de plantear el problema del paternalismo a partir de la constatación de que muchas regulaciones jurídicas existentes en nuestros sistemas jurídicos mostrarían dos

¹ Este artículo fue publicado por primera vez en 1971, en Wasserstrom, R. A. (ed.): *Morality and the Law*, ed. Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971, pp. 107-126. Existen las siguientes reediciones del mismo: en *The Monist* 56, n° 1 (1972), pp. 64-84; en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 19-34; y en Feinberg, Joel y Jules Coleman: *Philosophy of Law*, ed. Wadsworth, Belmont, 2000, pp. 271-280. Además de este reconocimiento implícito, han sido también numerosos los reconocimientos explícitos por parte de autores interesados en el tema: por ejemplo, Joel Feinberg se refiere a él como “pionero e influyente artículo” (véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self (The Moral Limits of the Criminal Law)*, cit., p. 9) y Douglas N. Husak coincide en señalar su carácter de “artículo pionero” (véase: Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, en *Philosophy & Public Affairs* 10 (1980), n° 1) y afirma con rotundidad que “los filósofos del derecho se han interesado en el problema general del paternalismo desde la publicación del ensayo pionero de Gerald Dworkin” (véase: Husak, Douglas N.: “Recreational Drugs and Paternalism”, en *Law and Philosophy* 8(1989), p. 355). Existe una traducción del mismo al castellano realizada por Jorge M. Seña e incluida en la colección de ensayos: *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, editada por Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, publicada en 1990.

² Un ejemplo de la gran influencia del artículo de Gerald Dworkin es que John Rawls también lo toma como punto de partida al tratar sobre el paternalismo. Véase: Rawls, John: *Teoría de la justicia*, ed. FCE, México, 1997, p. 234. A este respecto John Kleinig señala que “La discusión del paternalismo por John Rawls toma mucho prestado de la de Dworkin; pero por medio de ponerla en un contexto teórico más amplio le da (Rawls) una coherencia y plausibilidad de la que la aportación de Dworkin carece”, en Kleinig, John: *Paternalism*, ed. Manchester University Press, 1983, p. 64.

características: primera, tener aparentemente un fundamento paternalista y, segunda, ser comúnmente aceptadas como regulaciones razonables y justificadas. De esta manera, Gerald Dworkin pone en cuestión la larga tradición de pensamiento anti-paternalista que vimos en el capítulo anterior (en particular, la doctrina de John S. Mill). Frente a esta tradición, Gerald Dworkin muestra una actitud favorable a aceptar casos de paternalismo jurídico justificado.

Posteriormente, nuestro autor ha vuelto sobre el tema del paternalismo en diversas ocasiones. En particular, destaca el artículo “*Paternalism: Some Second Thoughts*”³, donde, a la luz de las críticas que había recibido su primer ensayo, considera, en primer lugar, el concepto de paternalismo *en general* y, en segundo lugar, su posición respecto a la justificación del paternalismo jurídico. En relación con esto último, Gerald Dworkin acude a una muy importante distinción entre *paternalismo duro*, que es el que tiene por destinatarios a individuos competentes (adultos en pleno uso de sus facultades mentales), y *paternalismo blando*, que tiene por destinatarios a individuos incompetentes (menores y adultos con sus facultades mentales limitadas de alguna manera relevante), y se muestra contrario a justificar casos de paternalismo duro, aunque su posición es ciertamente indecisa. Igualmente, cabe destacar su libro *The Theory and Practice of Autonomy*⁴, en el cual se indaga sobre una concepción de la autonomía que sea relevante para tratar el problema del paternalismo, entre otros problemas morales, políticos y sociales de carácter general.

El estudio que sigue sobre el concepto y la justificación del paternalismo en Gerald Dworkin se basará principalmente en el artículo de 1971, aunque también trataré de presentar lo esencial de los dos trabajos posteriores mencionados. En primer lugar, haré una exposición de la doctrina de Gerald Dworkin sobre el paternalismo y, en segundo lugar, plantearé diversas objeciones críticas.

³ Dworkin, Gerald: “Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism, cit.*, pp. 105-111.

⁴ Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, ed. Cambridge University Press, 1988 (se cita por la reimpresión de 1995).

2. El concepto de paternalismo

2.1. Definición y ejemplos

Gerald Dworkin toma como punto de partida el principio de daño a terceros tal y como lo formulara John S. Mill en *On Liberty*. A juicio de Gerald Dworkin, la formulación de John S. Mill entraña, en realidad, dos principios: a) la auto-protección o evitar daños a los otros es *a veces* una razón suficiente para la coacción; y b) el bien de los propios individuos *nunca* es una razón suficiente para el ejercicio de la coacción⁵. El objetivo de Gerald Dworkin es considerar la validez de este segundo principio, es decir, “la objeción a las interferencias paternalistas con la libertad de una persona”⁶.

Gerald Dworkin entiende por “paternalismo”

*“a grandes rasgos, la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada”*⁷.

El autor reconoce que no es fácil señalar un conjunto de ejemplos “puros” de interferencias paternalistas, porque casi cualquier disposición legislativa puede ser justificada por diferentes razones. Además, puede darse el caso de que una ley históricamente aprobada por motivos paternalistas sea defendida por aquellos que rechazan el paternalismo acudiendo a razones de otro tipo. En todo caso, Gerald Dworkin propone como ejemplos de interferencias paternalistas las disposiciones normativas que

- 1) exigen a los motociclistas llevar el casco mientras conducen sus vehículos.
- 2) Prohíben a la gente bañarse en una playa pública cuando los socorristas no están de guardia.
- 3) Castigan penalmente el suicidio.

⁵ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 19.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 20.

- 4) Ilegalizan el trabajo de mujeres y niños en ciertos tipos de empleos.
- 5) Regulan ciertas formas de conducta sexual: por ejemplo, la práctica de la homosexualidad entre adultos que consienten y en privado.
- 6) Regulan el uso de ciertas drogas que pueden tener consecuencias dañosas para el usuario, pero no conducen a una conducta anti-social.
- 7) Exigen una licencia para ejercer en ciertas profesiones, previendo condenas de multa o cárcel para aquellos que la ejercen sin dicha licencia.
- 8) Obligan a la gente a gastar una cuota de sus ingresos para obtener una pensión de jubilación (Seguridad social).
- 9) Prohíben diversas formas de juego (con frecuencia justificándolo en razón de que probablemente los pobres derrochen más su dinero en estas actividades que los ricos que pueden afrontarlas).
- 10) Regulan los tipos máximos de interés por préstamo.
- 11) Prohíben los duelos⁸.

Junto a estos ejemplos, en los cuales se prevén sanciones civiles o penales, Gerald Dworkin señala otros en los que se hace a la gente imposible o difícil llevar a cabo sus planes y ello por razones paternalistas:

- 1) Leyes que regulan los tipos de contratos que pueden ser respaldados como válidos por los tribunales: por ejemplo, nadie puede hacer un contrato válido de servidumbre involuntaria perpetua.
- 2) No permitir como una eximente frente a las acusaciones de agresión o asesinato el consentimiento de la víctima.
- 3) Exigir a los miembros de ciertas sectas religiosas recibir transfusiones de sangre obligatorias. Esto se hace posible porque no se permite al paciente el recurso a acciones procesales por agresión y lesiones.
- 4) Los procesos civiles de internamiento cuando están específicamente justificados sobre la base de prevenir que las personas internadas se dañen ellas mismas...
- 5) Poner fluoruros en el suministro público de agua”⁹.

Gerald Dworkin aclara que todos sus ejemplos son de interferencias en la libertad *realmente* existentes¹⁰. Fuera de sus objetivos quedan otras actividades que, aunque apoyadas en razones paternalistas, no son interferencias con la libertad de las personas, como por ejemplo dar subsidios en especie y no en metálico, para evitar que los beneficiarios se gasten el dinero en cosas que realmente no

⁸ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 20.

⁹ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 21.

¹⁰ Téngase en cuenta que Dworkin se refiere al sistema jurídico estadounidense.

necesitan¹¹. Y también deja fuera casos como los de las leyes que tratan de evitar la publicidad engañosa y de controlar todo lo relativo a los alimentos y los medicamentos que no deben, a su juicio, ser consideradas paternalistas, porque en estos casos se trataría de proveer la “información que se presume que toda persona racional está interesada en tener para tomar decisiones correctas”¹² y, en consecuencia, no hay interferencia con la libertad de los consumidores.

2.2. Paternalismo puro e impuro

Gerald Dworkin explica que, a pesar de haber definido al paternalismo como la interferencia con la libertad de acción de las personas por su propio bien, algunos de los ejemplos muestran que “la clase de personas cuyo bien está en juego no siempre es idéntica a la clase de personas cuya libertad es restringida”¹³. Esto funda la distinción entre casos de paternalismo puro e impuro, de la siguiente manera:

- 1) *Paternalismo puro*: “la clase de personas cuya libertad es restringida es idéntica con la clase de personas cuyo beneficio se pretende promover con tales restricciones. Ejemplos: hacer del suicidio un delito, exigir a los pasajeros en los automóviles llevar cinturón de seguridad, exigir a un testigo de Jehová recibir una transfusión de sangre”¹⁴.
- 2) *Paternalismo impuro*: “tratando de proteger el bienestar de una clase de personas encontramos que el único medio para hacerlo supondrá restringir la libertad de otras personas junto a aquellos que son beneficiados” (por ejemplo, la prohibición de la venta de cigarrillos para proteger la salud de los fumadores)¹⁵.

Gerald Dworkin explica que aunque todos los casos de paternalismo impuro son susceptibles de ser justificados por el principio de daño a terceros, ello no debe conducirnos a negarles el carácter de paternalismo. Lo que es específico en estos casos, y los hace diferentes de las interferencias justificadas por el principio de daño, es que la

¹¹ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism*, cit., p. 21.

¹² *Ibidem*.

¹³ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism*, cit., p. 22.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

persona que sufre el daño lo podría haber evitado de haberlo deseado¹⁶. En estos supuestos se debe exigir una justificación más fuerte que en los de paternalismo puro, porque la intervención priva a una persona de una porción de su libertad sin que ello sea, ni siquiera, por su propio bien.

En consecuencia, concluye Gerald Dworkin, el paternalismo “siempre supondrá limitaciones a la libertad de algunos individuos en su propio interés, pero puede extenderse también a interferencias con la libertad de personas cuyos intereses no están en cuestión”¹⁷.

2.3. Paternalismo y otras interferencias benevolentes

Las interferencias en la libertad paternalistas deben ser distinguidas, explica Gerald Dworkin, de una figura afín con la que frecuentemente son confundidas; se trata, por ejemplo, de la legislación

“que prohíbe trabajar a los empleados más de, digamos, cuarenta horas semanales. En ocasiones, se sostiene que tal legislación es paternalista, pues si los empleados deseaban tal restricción en sus horas de trabajo podrían acordarlo entre ellos e imponerla voluntariamente. Pero como no lo hacen, la sociedad impone coactivamente su propia concepción de los mejores intereses para ellos. En consecuencia, esto es paternalismo”¹⁸.

Gerald Dworkin reconoce que alguna legislación de esta naturaleza podría tener, de hecho, una motivación paternalista, pero subraya que es posible otra vía de justificación de carácter no paternalista. Se trata de una justificación basada en las condiciones de eficacia de acuerdos que son, en principio, aceptados por todos: los trabajadores consideran que para satisfacer sus propios intereses es indispensable algo que sólo cabe hacer por convenio, siempre que el convenio sea respetado por todos. La diferencia entre

¹⁶ Convendría precisar que para la mayoría de los daños infligidos por un individuo sobre otro es verdadero que la persona que los sufre, la víctima, podría haberlo evitado si lo hubiera deseado, puesto que con frecuencia es posible elevar el nivel de seguridad hasta un punto en el que ciertos daños se evitan. Pero es cierto también que el individuo no puede escapar a la situación de tener que optar entre el coste de la seguridad y el coste de ser víctima de un daño. Por ello, creo que hubiera sido más correcto decir que en los casos de paternalismo impuro la “víctima” podría haber evitado el daño con tan sólo quererlo.

¹⁷ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit., p. 22.

¹⁸ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit., p. 23.

esta justificación y la paternalista es que “la coacción no es usada para lograr cierto beneficio que no es reconocido un beneficio por aquellos afectados, sino más bien porque es el único medio posible de lograr algún beneficio que es reconocido como tal por todos los afectados”¹⁹. Gerald Dworkin añade que lo anterior sugiere una nueva caracterización general del paternalismo:

“El uso de la coerción para obtener un bien que no es reconocido como tal por aquellas personas para las cuales se pretende el bien”²⁰.

Sin embargo, el propio Gerald Dworkin explica que las cosas no han de ser siempre así: por ejemplo, cuando se le obliga a los motociclistas a ponerse el casco, se trata de promover un bien, la integridad corporal, que es reconocido seguramente por la mayoría. En este caso, cabría acudir a otras justificaciones de la coerción: como la irracionalidad de los ciclistas en la ordenación de los valores (valoran más la libertad de llevar o no casco que su integridad) o una incorrecta apreciación de los riesgos.

3. La justificación del paternalismo

3.1. Crítica del anti-paternalismo de John S. Mill

Gerald Dworkin comienza manifestando la sorpresa que genera la *radical* prohibición de John S. Mill contra el paternalismo, radicalismo que contrasta con la moderación que el mismo John S. Mill muestra en torno a cuestiones similares como, por ejemplo, la prohibición de mentir.

En la argumentación de John S. Mill, la premisa fundamental, explica Gerald Dworkin, parece ser que cuando se trata de conductas que no afectan a terceros, la compulsión no es nunca un medio adecuado para satisfacer los intereses de los propios individuos; que el daño que supone la compulsión sobrepasa el bien que se hace. Ello es así porque nadie es mejor juez de sus intereses que el individuo mismo y, en consecuencia, las interferencias paternalistas se han de basar en presunciones generales

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

que pueden estar todas equivocadas o si son acertadas pueden ser mal aplicadas. Por ello, el cálculo utilitario dice que la humanidad saldrá ganando soportando que cada uno viva como le parece bien, y no obligando a cada persona a vivir como le parezca al resto.

La mayoría de las críticas que se han dirigido a John S. Mill coinciden en afirmar que faltan pruebas de que la mayoría de los adultos sean conscientes de sus propios intereses y mucho menos de que estén siempre dispuestos a perseguirlos, hasta el punto de que ni la compulsión ni la restricción ejercida sobre ellos por otros, con el propósito de promover sus intereses, pueda realmente promoverlos. Ésta era también la opinión de Herbert L. A. Hart, recuerda Gerald Dworkin, para quien John S. Mill concebía al ser humano adulto normal de una manera que contradicen los hechos.

El propio John S. Mill, explica Gerald Dworkin, al tratar en sus *Principios de economía política* de las intervenciones del gobierno en general (por ejemplo, ofreciendo instituciones alternativas al mercado), admite limitaciones en su doctrina de que los individuos son siempre los mejores jueces de sus propios intereses. En particular, los individuos no serían los mejores jueces de sus propios intereses en los siguientes supuestos: a) con respecto a cosas de gran utilidad, pero que no consisten en atender nuestras inclinaciones ni las necesidades ordinarias de la vida “y cuya falta se siente menos allí donde más se necesita”²¹, y b) cuando el individuo decide irrevocablemente en el presente lo que será mejor para él en un futuro distante. En estos casos, John S. Mill habla de una fuerte presunción a favor de la no-intervención, pero no de una *prohibición absoluta*. Si John S. Mill sostiene una prohibición absoluta en cuanto al paternalismo, reitera Gerald Dworkin, es por la tesis de que ningún bien puede obtenerse mediante compulsión, sin que esto sea por sí mismo un mal mayor que la ausencia del bien que la compulsión trata de obtener. Sin embargo, Gerald Dworkin sostiene que

“esto es imposible de demostrar porque no es verdad. Impedir que la gente se venda como esclavos (una medida paternalista que Mill mismo acepta como legítima), o que tome heroína, o que conduzca el coche sin llevar cinturones de seguridad puede constituir un mal menor que permitirles hacer cualquiera

²¹ “Esto es verdad –dice Mill- sobre todo de aquellas cosas que son principalmente útiles porque tienden a elevar el carácter de los seres humanos. Las personas incultas no pueden ser jueces competentes de la cultura. Los que más necesitan ser más prudentes y mejores, son lo que por lo general menos lo desean y, si lo desearan, serían incapaces de encontrar con sus propias luces el camino para alcanzar esos perfeccionamientos”. Véase, Mill, John Stuart: *Principios de economía política*, ed. F.C.E, 1978, pp. 814-815, (trad. de Teodoro Ortiz).

de estas cosas. Un utilitarista consistente sólo puede argumentar contra el paternalismo en razón de que (como cuestión de hecho) no maximiza el bien”²².

La cuestión es, considera nuestro autor, que esta tesis de John S. Mill en *On Liberty* parece no ser únicamente contingente (depende de si de hecho se logra o no maximizar el bien), sino que también está basada en su concepción de la persona como agente autónomo: ser capaz de elegir es un bien independiente del acierto de la elección. Por esto, para John S. Mill, la única excepción a la prohibición del paternalismo es el caso de la entrega voluntaria en esclavitud, pues supone la pérdida misma de la capacidad de elección²³. Paradójicamente, por tanto, se extraería de los argumentos de John S. Mill un principio que apoyaría cierto paternalismo: “el paternalismo sólo se justifica para preservar un ámbito de libertad más amplio para el individuo en cuestión”²⁴.

En conclusión, Gerald Dworkin trata de mostrar que en la crítica de John S. Mill al paternalismo hay dos argumentos: 1) un argumento utilitario (que no puede establecer una prohibición absoluta, sino como mucho una presunción y, efectivamente, una presunción bastante débil dadas ciertas asunciones plausibles sobre la psicología humana), según el cual las consecuencias de ejercer la compulsión sobre los individuos con el fin de beneficiarlos serían peores que en el caso de no ejercer tal compulsión, tanto para los individuos como para la sociedad en general; y 2) un argumento basado no en los bienes a los que una libre elección conduce, sino en el valor absoluto de la elección en

²² Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism*, cit. pp. 26 y 27.

²³ Vinit Haksar refuta que la posición de Mill en cuanto a la esclavitud implique una renuncia a sus principios utilitaristas: “La posición –dice Vinit Haksar- de que la sola evidencia de lo que es deseable para una persona se encuentra en sus elecciones voluntarias y deseos es bastante consistente con la posición según la cual en decidir lo que es deseable para una persona debemos tomar en cuenta no sólo sus deseos y elecciones presentes sino también las futuras. Tales consideraciones ayudan a mostrar cómo Mill puede consistentemente permitir al Estado no reconocer ciertos contratos irreversibles (...) Ahora podemos ver que Mill no hace una excepción a su doctrina de la libertad cuando dice que el Estado debería rechazar reconocer contratos bajo los cuales una persona voluntariamente se compromete a convertirse en esclavo. Para ver esto es necesario apreciar una importante distinción: 1) ¿debería el Estado facilitar a un individuo o grupo de individuos llevar a cabo sus planes, cuando tales planes no dañan a otros?; 2) ¿debería permitirse al Estado usar la coerción o compulsión (por ejemplo usando amenazas a través del derecho penal) en un intento de impedir que tales planes sean llevados a cabo?”. En opinión de Vinit Haksar, el Estado no interfiere con la libertad al no validar los contratos de esclavitud y la razón que tiene para no hacerlo es tomar en cuenta las hipotéticas elecciones futuras de los individuos. En Haksar, Vinit: *Equality, Liberty and Perfectionism*, ed. Oxford University Press, 1979, pp. 253 y ss.

²⁴ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism*, cit. p. 28.

sí misma, que, sin embargo, permite insospechadamente justificar cierto paternalismo. La propia tentativa de Gerald Dworkin en orden a justificar algunas intervenciones paternalistas descansa sobre estas observaciones.

3.2. ¿Qué interferencias paternalistas están justificadas?

La estrategia argumentativa de Gerald Dworkin consiste en tomar como punto de partida el paternalismo ejercido sobre los menores, que universalmente se considera justificado, y, a continuación, tratar de identificar el principio que lo gobierna.

A su juicio, lo que justifica las restricciones en la libertad de los niños por parte de los padres es el hecho de que los primeros “carecen de algunas de las capacidades emocionales y cognitivas que se requieren para tomar decisiones completamente racionales”²⁵. Por ello, sin el poder de dirección de los padres los niños sufrirían graves perjuicios. Gerald Dworkin añade, sin embargo, que la intervención no estará justificada si se excede cierto límite trazado por “la noción de que los niños lleguen eventualmente a ver la corrección de las intervenciones de sus padres”²⁶. Se trata de un límite basado en la noción de un *consentimiento futuro*.

La esencia de esta misma idea, sostiene Gerald Dworkin, está recogida en la noción de “voluntad real” que se pretende suficiente para justificar la extensión del paternalismo a los individuos que, aún siendo cronológicamente maduros, resultan incapaces en algunos aspectos y, en consecuencia, análogos a los menores de edad. “Al interferir en las acciones de tales personas –dice el autor- estamos haciendo efectivo aquello que ellos harían si fueran completamente racionales”²⁷. Pero Gerald Dworkin prefiere no usar esta noción de “voluntad real”, para evitar el peligro, denunciado por I. Berlin en *Dos conceptos de libertad*, de pretender que al actuar paternalistamente sobre un sujeto “no estamos oponiéndonos realmente a su voluntad, de ahí que no estemos realmente interfiriendo con su libertad”²⁸. Sin embargo, para Gerald Dworkin la noción básica de

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit. p. 28.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

consentimiento es importante y constituye en su opinión “la única manera aceptable de intentar delimitar un área de paternalismo justificado”²⁹.

A partir de esta afirmación del principio del consentimiento, Gerald Dworkin comienza por considerar una serie de casos en los que el consentimiento no es hipotético: casos en los que alguien presta su consentimiento a que otros le obliguen a actuar de determinada manera en el futuro (un ejemplo clásico de estos casos se encontraría en el famoso pasaje homérico de Ulises y las Sirenas). A su juicio, en determinadas condiciones esto puede ser racional. También sería el caso de un electorado que ordena a sus representantes aprobar una ley que llegado el momento de la imposición puede ser de desagradable cumplimiento (pagar impuestos, por ejemplo). Gerald Dworkin no aclara si son o no supuestos de paternalismo, simplemente señala que “hay un consentimiento genuino y un acuerdo de aquellas personas cuya libertad es infringida”³⁰ y que “ése no es el caso de las medidas paternalistas sobre las que hemos estado hablando”³¹. En estas últimas, lo que está implicado, dice Gerald Dworkin,

“no es el consentimiento a medidas específicas, sino el consentimiento a un sistema de gobierno dirigido por representantes electos, con el compromiso de que pueden actuar para salvaguardar nuestros propios intereses de ciertas maneras limitadas.

Sugiero que dado que todos somos conscientes de nuestras propensiones irracionales (deficiencias en nuestras capacidades cognitivas y emocionales e ignorancia evitable e inevitable) es racional y prudente que saquemos ‘pólizas de seguro social’. Podemos discutir a favor y en contra de las medidas paternalistas propuestas en términos de lo que individuos completamente racionales aceptarían como formas de protección. Dado que el acuerdo inicial no es sobre medidas específicas, estamos tratando con una especie de “cheques en blanco” y, en consecuencia, los límites tienen que ser cuidadosamente definidos. Lo que estoy buscando son ciertas condiciones

²⁹ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism*, cit. p. 29.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*. En general se sostiene que los denominados contratos Ulises no son supuestos de paternalismo, aunque se suelen tratar en relación con el mismo: por ejemplo, Allen E. Buchanan sostiene, siguiendo a Donald VanDeVeer, que en el caso en que el paciente autoriza expresamente al médico a no informarle de aquellos hechos cuyo conocimiento pueda dañarle no se trata, por la existencia de esta autorización expresa, de paternalismo; véase: Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit. p. 62, y VanDeVeer, Donald: “The Contractual Argument for Withholding Medical Information”, en *Philosophy & Public Affairs* 9, 2 (1980), p. 203.

que hacen plausible suponer que personas racionales podrían acordar limitar su libertad aun cuando los intereses de otras personas no sean afectados”³²

Como punto de partida, el autor sostiene que el acuerdo entre personas racionales sobre restricciones paternalistas se podría dar alrededor de ciertas situaciones, dado el presupuesto de que existen determinados bienes “*que cualquier persona querría para perseguir su propio bien*”³³ (por ejemplo: la salud). A juicio de Gerald Dworkin, *individuos completamente racionales* estarían de acuerdo en que el logro de esos bienes debe ser promovido, aun cuando en ese momento (el de la intervención que promueve el bien) no sean reconocidos como tales bienes por los individuos afectados.

Sin embargo, este acuerdo inicial, derivado del carácter objetivo de ciertos bienes, podría no alcanzarse dado el carácter competitivo de los bienes entre sí: de hecho, hay gente que está dispuesta a sacrificar alguno de estos bienes básicos, incluso la vida, por otros bienes: por ejemplo, los testigos de Jehová que rechazan las transfusiones de sangre para mantener su cuerpo libre de “sustancias impuras”³⁴. Si bien este carácter competitivo de los bienes es innegable, podemos suponer, sostiene Gerald Dworkin, que individuos completamente racionales aceptarían interferencias paternalistas cuando se ha atribuido peso irracionalmente a los bienes en competencia. Pero el acuerdo sobre este punto depende, de nuevo, de salvar una dificultad: se trata ahora de qué sentido se deba atribuir a “la noción de una persona asignando irracionalmente pesos a valores en

³² *Ibidem*. John Rawls, que toma muy en consideración la doctrina de Gerald Dworkin sobre el paternalismo, sostiene que la justificación de la intervención del paternalismo depende de que seamos capaces de “alegar que con el desarrollo o la recuperación de sus poderes racionales, el individuo en cuestión aceptaría nuestra decisión en su favor y estaría de acuerdo con nosotros en que hicimos la mejor” (p. 234). Véase: Rawls, John: *Teoría de la Justicia*, ed. FCE, México, 1997, pp. 199 y 229 y ss.

³³ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit. p. 30. Que éste es el primer presupuesto de la justificación ética del paternalismo ha sido destacado también por Manuel Atienza; a su juicio: “la justificación ética del mismo exige como condición necesaria aunque no suficiente, que se trate de un bien objetivo. Esto significa aceptar no sólo que existe el bien en sentido objetivo, sino que además puede ser conocido, de manera que para poder articular una teoría justificatoria del paternalismo hay que sostener un cierto objetivismo –o absolutismo- ético, al igual que una concepción cognoscitivista de la ética”, en Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, en *Doxa* 5(1988), Alicante, pp. 209-210. Por ello, como ya se ha mencionado, la discusión sobre el paternalismo pone de manifiesto y es consecuencia de la denominada “rehabilitación de la razón práctica” que se produce a partir de los años setenta y en la que jugó un papel importante la *Teoría de la justicia* de John Rawls.

³⁴ No comparto la descripción que Gerald Dworkin hace del conflicto de bienes en este caso. A mi juicio, en éste y otros casos similares, se apela a dos bienes que plausiblemente pueden hacer vencer la balanza frente al bien de la vida misma: la integridad moral y la vida eterna.

competencia”³⁵. Gerald Dworkin distingue dos tipos de situaciones en las que parece que se evaluarían de una forma irracional bienes en competencia:

1. *Errores valorativos*: Cuando la gente asigna incorrectamente peso a uno de sus valores (por ejemplo: los que –aparentemente- valoran la molestia de ponerse el cinturón de seguridad por encima de su salud, o de su vida incluso), y
2. *La debilidad de la voluntad*: Se trata de casos en los que la gente no actúa conforme a sus propias preferencias y deseos (por ejemplo, los que reconocen su interés en llevar el cinturón de seguridad pero en la práctica lo ignoran).

BIBLIOTECA VIRTUAL

Entre estos dos supuestos de comportamiento irracional, Gerald Dworkin considera que es más fácil mantener el acuerdo de individuos completamente racionales a favor de las interferencias paternalistas en el segundo caso, porque claramente no se impone un bien a otra persona. En cuanto al primero, se trataría de ver hasta qué punto es válida la analogía con los errores cognitivos. A todos nos parece plausible justificar la interferencia con la acción de una persona que está equivocada en juicios de hecho respecto de sus acciones (por ejemplo, retener a alguien que cree que si se lanza al vacío flotará); el problema reside en si lo mismo es aplicable a una persona que está equivocada en juicios de valor con respecto a las consecuencias de sus acciones. Gerald Dworkin no lleva más allá esta cuestión y tampoco aclara si, en consecuencia, todas las interferencias paternalistas justificadas deberían referirse a situaciones de debilidad de la voluntad.

A continuación nuestro autor menciona una serie de factores relevantes para alcanzar un acuerdo sobre las interferencias paternalistas. Un primer factor relevante para la justificación de la intervención paternalista es que estén implicadas *decisiones que suponen cambios irreversibles* (por ejemplo: tomar sustancias adictivas). Gerald Dworkin sugiere que las intervenciones paternalistas podrían asegurarnos contra decisiones de largo alcance, potencialmente peligrosas e irreversibles³⁶. Un segundo factor relevante se presentaría cuando se trata de *decisiones tomadas bajo presiones psicológicas y sociales*

³⁵ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 31.

³⁶ *Ibidem.*

extremas: por ejemplo, el suicidio. Para unas y otras, quizá personas racionales apoyarían el establecimiento de “períodos de espera”, o de “enfriamiento”, disuasorios de tomar estas decisiones irreversibles. Por último, también sería relevante que se trate de *decisiones que envuelven peligros insuficientemente comprendidos o incorrectamente apreciados por las personas afectadas* (por ejemplo, fumar)³⁷.

La dificultad será, no obstante, cómo prever la clase de casos sobre los que la intervención está legitimada y, además, tenemos el problema de que todas las actividades de alto riesgo podrían ser objeto de interferencias paternalistas. Aquí la legitimidad de la intervención depende, explica Gerald Dworkin, de su naturaleza (por ejemplo: si impide totalmente o sólo dificulta) y de “cuán importante para la naturaleza de la actividad es la ausencia de restricción cuando es ponderada con el rol que la actividad desempeña en la vida de la gente”³⁸.

En general, a juicio de Gerald Dworkin, es más probable que se diera el consentimiento a intervenciones paternalistas “cuando se trata de preservar o promover la capacidad de los individuos para considerar y llevar adelante racionalmente sus propias decisiones”³⁹.

Gerald Dworkin sostiene, finalmente, que, aunque en los casos mencionados puede ser racional dar consentimiento a intervenciones del legislador en la libertad, también es racional desconfiar de la intervención del poder político en lo que John S. Mill llamaba “conductas que afectan exclusivamente a la propia persona”. Por ello, en su opinión, la aplicación de medidas paternalistas estaría mediada por dos principios:

“En todos los casos de legislación paternalista –dice Gerald Dworkin-, debe haber una carga de la prueba pesada y clara sobre las autoridades para que demuestren la naturaleza exacta de los efectos dañinos (o de las

³⁷ Gerald Dworkin ilustra este factor relevante con el ejemplo de los fumadores. A su juicio, en relación con los fumadores pueden darse tres situaciones: 1) que los fumadores desconocen los hechos relativos a las consecuencias de su hábito; 2) que los conocen, quieren dejar de fumar, pero no tienen la voluntad suficiente para hacerlo; y 3) conocen los hechos pero no razonan correctamente a partir de ellos. “1” corresponde a un error cognitivo; “2” al fenómeno de la debilidad de voluntad; y “3” es el factor relevante que G. Dworkin menciona.

³⁸ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 33.

³⁹ *Ibidem*.

consecuencias benéficas) que han de ser evitados (o alcanzados), y la probabilidad de que se consiga (...) Finalmente, sugerimos un principio de la alternativa menos restrictiva. Si existe una manera alternativa de lograr los fines deseados sin restringir la libertad, aun cuando esto suponga grandes gastos, inconvenientes, etc., la sociedad debe adoptarlo”.⁴⁰

4. El concepto y la justificación del paternalismo en “*Paternalism: Some Second Thoughts*” (1980)

Una década después de la publicación de las anteriores reflexiones sobre las intervenciones paternalistas, Gerald Dworkin retomó la cuestión en otro artículo para, a la luz de las críticas recibidas, precisar su propia posición⁴¹.

4.1. Aspectos conceptuales

La crítica que con más insistencia se ha dirigido a la definición de paternalismo de Gerald Dworkin presentada en su artículo de 1971 es que se identificaba indebidamente el paternalismo con la coacción⁴². A ella, nuestro autor ha replicado diciendo lo siguiente:

“Dado el problema en que estaba interesado, a saber, los límites correctos de la coerción estatal, esta restricción era razonable, aunque incluso aquí se debe ser consciente de que el Estado tiene otros medios de influir en el comportamiento de la gente. Puede rehusar a hacer respetar contratos, dar ayudas en especie más que en dinero, establecer oficinas de control (*licensing boards*), requerir a los productores la instalación de cinturones de seguridad como equipamiento original, etcétera, etcétera.

Si, por el contrario, se desea considerar el problema del paternalismo en otros contextos, por ejemplo, en las profesiones, se necesitará una definición más amplia. No todos los actos paternalistas son actos del Estado. No todos los actos paternalistas suponen interferencia con la libertad. El doctor que miente a su paciente enfermo terminal, el padre que dispone en su testamento que un hijo no pueda heredar una finca antes de los treinta años de edad, el psiquiatra que dice a su paciente adolescente que debe informar a sus padres que consume drogas, el profesor que rehúsa recomendar un estudiante de

⁴⁰ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, pp. 33 y 34.

⁴¹ Véase: Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, pp. 105-111.

⁴² Véase: Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, 6 (1976), vol. 1; y Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.* p. 62.

doctorado a cierta universidad porque estará fuera de sus posibilidades (*out of his league*); todos estos son casos de paternalismo que no suponen el uso de coerción o fuerza y, en consecuencia, en las concepciones estándar de la libertad no suponen restricciones a la libertad”⁴³.

Gerald Dworkin repasa diferentes vías de ampliación de su definición de paternalismo. En primer lugar, una de las vías consiste en incluir elementos específicos, como el engaño; se trata de definiciones del tipo de la de Allen E. Buchanan⁴⁴, que incluirían tanto el caso de un doctor que oculta o engaña a su paciente, como el del doctor que dice al paciente más de lo que éste quiere saber. Sin embargo, señala Gerald Dworkin todavía quedarían fuera casos que suelen considerarse de paternalismo: por ejemplo, el caso del jugador de tenis que deja de jugar con un amigo a quien siempre gana, a pesar de los deseos de éste último, porque cree que le está afectando negativamente.

En segundo lugar, estaría la vía ensayada por Bernard Gert y Charles M. Culver de ampliar la noción de paternalismo recurriendo a la idea de *violación de normas morales*⁴⁵. Según Gerald Dworkin, esta aproximación conceptual no permite incluir casos como el del marido que, consciente de las tendencias suicidas de su mujer, esconde sus propias pastillas para dormir. Este caso, junto con el del doctor que dice al paciente la verdad que no quiere saber, cuestionan también la interpretación del paternalismo como una violación de los derechos del sujeto *B* de la relación paternalista: la mujer no tiene derecho a disponer de las píldoras, ni el paciente a que no se le diga la verdad.

Finalmente, explica Gerald Dworkin, todo apunta a que la cuestión es “que la persona que es tratada paternalistamente no desea ser tratada de esa manera”⁴⁶. Sin embargo, tampoco esta delimitación es satisfactoria, porque abarcaría demasiado: por ejemplo, el caso de una hija que contra los deseos de su padre no cursa la carrera de Derecho, pues cree firmemente que llegaría a ser mejor abogado que él y esto le haría sufrir. A juicio de Gerald Dworkin, en este supuesto tenemos alguien que actúa contra los

⁴³ Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 106.

⁴⁴ Sobre la concepción del paternalismo de Allen E. Buchanan, véase el capítulo V.

⁴⁵ Sobre la concepción del paternalismo de Bernard Gert y Charles M. Culver, véase el capítulo V.

⁴⁶ Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 106.

deseos de otra persona por su propio bien, pero no es un caso de paternalismo. La hija no actúa de acuerdo con los deseos del padre, pero tampoco sustituye sus juicios.

En conclusión, para que haya paternalismo, en opinión de Gerald Dworkin

“debe haber una violación de la autonomía de la persona (que concibo como una noción distinta de la de libertad). Debe haber –continúa Gerald Dworkin– una usurpación de la toma de decisiones, ya sea evitando que la gente haga lo que había decidido o interfiriendo con el modo en que llegan a sus decisiones”⁴⁷.

De esta concepción del paternalismo, se derivan dos consecuencias: primera, “que no hay métodos de influir a la gente que estén necesariamente inmunizados para una utilización paternalista”⁴⁸ y, segundo, que el paternalismo plantea un problema moral precisamente por tratarse de la violación de la autonomía de las personas.

4.2. La justificación del paternalismo

En cuanto a la justificación, nuestro autor toma ahora como punto de partida la fundamental distinción, sobre la que había insistido Joel Feinberg⁴⁹, entre “paternalismo blando” y “paternalismo duro”. Por “paternalismo blando” Gerald Dworkin entiende la posición que afirma que “(1) el paternalismo está justificado algunas veces, y (2) es una condición necesaria para tal justificación que la persona con quien estamos actuando paternalistamente sea de alguna forma no competente”⁵⁰. Y por “paternalismo duro” entiende que el “paternalismo está justificado algunas veces incluso si la acción es completamente voluntaria”⁵¹. Gerald Dworkin reconoce que en su primer artículo no había quedado claro si los argumentos son aplicables sólo al paternalismo blando o también alcanzan el paternalismo duro:

⁴⁷ Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 107. Sobre el concepto de autonomía de Gerald Dworkin véase: Dworkin, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, ed. Cambridge University Press, Nueva York, 1995 (1ª ed. 1988).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Véase: Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, pp. 3-18.

⁵⁰ Dworkin, Gerald: “Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 107.

⁵¹ *Ibidem*.

“Al argumentar a favor de un esquema de “consentimiento hipotético” para justificar el paternalismo –dice el autor-, no aclaré si consideraba que el argumento presupone siempre alguna deficiencia en la competencia contra la cual deseábamos protegernos. Hablé de ‘propensiones irracionales, deficiencias en nuestras capacidades cognitivas y emocionales e ignorancia evitable e inevitable’ como motivos racionales para acordar (hipotéticamente) limitaciones a nuestra conducta, incluso cuando otros intereses no son afectados. También hablé de protegernos contra la toma de decisiones que son ‘de largo alcance, potencialmente peligrosas e irreversibles’. Un conjunto de consideraciones se centra en el agente; el otro en el carácter de la decisión. El primero plantea cuestiones de racionalidad y competencia; el segundo de peligro y daño”⁵².

Gerald Dworkin considera que hay tres conjuntos de casos que ponen en cuestión la defensa del paternalismo blando porque (1) parecen claramente justificados, pero (2) no parece que se pueda afirmar con propiedad que los sujetos destinatarios de la intervención sean incompetentes (o que sus decisiones no sean completamente voluntarias). Estos conjuntos de casos son los siguientes: En primer lugar, *los “casos de seguridad”*, que incluyen tanto la obligación de disponer o usar ciertas cosas (cinturones de seguridad, casco en las motos, chalecos salvavidas, chalecos reflectantes para cazadores, etc.), como la prohibición de comprar o usar otras cosas: por ejemplo, ciertos tintes, petardos o heroína. En segundo lugar *los casos que implican “decisiones colectivas”*: por ejemplo, poner flúor en los depósitos comunitarios de agua, un caso donde no se exige a nadie consumir agua con flúor, pero se hace más fácil hacerlo para los que lo desean y correspondientemente más difícil no hacerlo para los que prefieren no consumir flúor. En tercer lugar están aquellos *“casos de la esclavitud”*, en los cuales se prohíbe a los individuos venderse como esclavos o vender algunas partes de su propio cuerpo. Gerald Dworkin insiste en que en estos tres conjuntos de casos no hay ninguna razón convincente para presumir que las acciones a las que se refieren sean *necesariamente* involuntarias y que, por tanto, hay que plantearse seriamente la posibilidad de que el paternalismo duro sea la única justificación plausible de los mismos. Sin embargo, si no se quiere aceptar bajo ninguna circunstancia el paternalismo duro y, a la vez, se quiere seguir afirmando la legitimidad de estas medidas, entonces la única alternativa es presentar una justificación basada en el interés de terceras partes.

⁵² Dworkin, Gerald: “Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 108.

En relación con los *casos de seguridad* se argumenta que el comportamiento arriesgado de algunos impone *costes* sobre todos los demás. Sin embargo, Gerald Dworkin opina que si los costes son económicos, entonces, obviamente, estaría justificado obligar a estos individuos a contratar un seguro médico, pero no parece que quepa obligarles a llevar, por ejemplo, casco en la moto. Junto a esto, señala Gerald Dworkin, los costes económicos pueden verse incrementados por estas medidas: por ejemplo, porque sobrevive una persona con graves heridas (de costoso tratamiento) a un accidente, cuando hubiera muerto de no llevar casco. Finalmente, también se podría tratar de recuperar los daños económicos ocasionados por una imprudencia (por ejemplo, gastos de rescate) exigiendo responsabilidad civil, contractual o extracontractual. Ahora bien, Gerald Dworkin reconoce que siempre habría un grupo de individuos que no se asegurarían y que tampoco estarían en condiciones de satisfacer compensaciones económicas; frente a ellos, una respuesta (la libertaria) sería dejarlos librados a su suerte, y la otra, más promisoria a juicio de Gerald Dworkin, sería ayudarles para evitar el coste psíquico que para los demás supone abandonarlos.

A pesar de las anteriores consideraciones, Gerald Dworkin manifiesta sus dudas acerca de que éstas alcancen a proporcionarnos una justificación no paternalista de estos casos de seguridad: “en el análisis final –dice Gerald Dworkin–, creo que está justificado exigir a los marineros llevar salvavidas porque eso minimiza el riesgo de daño para ellos al coste de una interferencia trivial con su libertad”⁵³.

En cuanto a las *decisiones colectivas*, Gerald Dworkin se plantea el problema de si en relación con la minoría disidente la medida es paternalista. Su respuesta depende de consideraciones generales sobre la legitimidad de decisiones mayoritarias y, más en particular, sobre qué límites deben establecerse constitucionalmente a una legislatura: “sabiendo que estaremos en minoría en algunos asuntos, y en mayoría en otros, es razonable no demandar unanimidad para ciertos asuntos”⁵⁴. En todo caso, las restricciones sobre la minoría no son paternalistas, sino que se justifican porque,

⁵³ Dworkin, Gerald: “Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 108. Una crítica a esta conclusión de Gerald Dworkin puede verse en Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, pp. 92 y 93.

⁵⁴ Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 110.

respetadas ciertas condiciones de legitimidad, son necesarias para satisfacer el interés de la mayoría.

Finalmente, en cuanto a los *casos de la esclavitud*, Gerald Dworkin sostiene, en primer lugar, que se pueden justificar (sin recaer en el paternalismo duro) simplemente señalando que por no tratarse de interferencias directas con la libertad de acción los principios aplicables son diferentes (aunque admite que el no respaldar jurídicamente estos contratos puede frustrar los deseos de los individuos)⁵⁵. En segundo lugar, de nuevo se acude a consideraciones de terceras partes: pocos querrán vivir en una sociedad donde se ha de perseguir a esclavos fugados para devolverlos a sus dueños. En tercer y último lugar, Gerald Dworkin revisa críticamente su anterior posición de justificar el rechazo a respaldar jurídicamente contratos de esclavitud para proteger el valor mismo de la autonomía individual; entendiéndolo ahora por autonomía “la capacidad de los individuos para reflexionar críticamente sobre -y tomar responsabilidad de- la clase de persona que quieren ser”⁵⁶. Ciertamente, explica Gerald Dworkin, se puede impedir a la gente convertirse en esclavos para que sigan siendo capaces de definir el tipo de vida que quieren tener, pero no hay nada en la idea de autonomía que impida razonar de la siguiente manera:

“Yo quiero ser la clase de persona que actúa a la orden de otros. Yo me defino como un esclavo y asumo esas actitudes y preferencias. Mi autonomía consiste en ser un esclavo”⁵⁷.

Si esto es coherente, se dice Gerald Dworkin, no se puede impedir la esclavitud voluntaria en razón de la autonomía y, en consecuencia, tan sólo cabe acudir a alguna idea de lo que es apropiado para otras personas, es decir, a un intento de imponer nuestra concepción del bien sobre otros. En todo caso, dado que la persona que busca devenir esclavo lo hará normalmente para obtener algún otro bien, se podría tratar de reconducir la esclavitud voluntaria al tipo de los *casos de seguridad*, donde lo que se aprecia es un cálculo equivocado de cuál es el mejor camino para obtener tal bien. En definitiva,

⁵⁵ De esta manera, Gerald Dworkin modifica su punto de vista sobre el carácter paternalista de este rechazo a respaldar jurídicamente contratos de esclavitud y se acerca a la interpretación de los mismos dada por Vinit Haksar en *Equality, Liberty and Perfectionism*, cit., pp. 253 y ss.

⁵⁶ Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism*, cit., p. 111.

concluye Gerald Dworkin “la posición teórica dura -el paternalismo duro- puede no ser nunca alcanzada”⁵⁸.

5. Paternalismo *versus* autonomía

Como acabamos de ver, en opinión de nuestro autor, el paternalismo plantea un problema moral por tratarse de una violación de la autonomía de las personas. Por ello, resulta interesante aclarar la concepción de la autonomía individual que maneja este autor.

Gerald Dworkin asume que detrás de las numerosas *concepciones* sobre la autonomía, habría un *concepto* de autonomía, que especificaría en términos muy generales el rol teórico que desempeñan las diversas concepciones de la autonomía⁵⁹. En un nivel muy abstracto, todas las concepciones de la autonomía se referirían a la idea de la persona como un ser que se autodetermina (*self-determining*). Esta idea se especifica en diversas concepciones de la autonomía que tratan de dar respuesta a diferentes problemas. La concepción de la autonomía que Gerald Dworkin nos propone tendría, a su juicio, las siguientes características: (1) relevante para elucidar problemas que se presentan en el ámbito de la moral (problemas relativos a la responsabilidad moral, la integridad y la voluntad), en el ámbito de la política (los problemas del perfeccionismo y el paternalismo) y en el ámbito social (la posibilidad de la autonomía frente al fenómeno de la socialización); 2) posible de alcanzar; y 3) capaz de evitar las principales dificultades y problemas que se plantean al respecto (la tensión entre el auto-gobierno y las influencias sociales, la tensión entre la idea de auto-gobierno y las ideas de corrección y objetividad y, finalmente, entre la autonomía como una noción puramente formal y la autonomía como una noción sustantiva). A partir de estas consideraciones, Gerald Dworkin caracteriza a la autonomía como

“una capacidad de segundo orden de las personas para reflexionar críticamente sobre sus preferencias de primer orden, anhelos, deseos, etcétera

⁵⁷ *Ibidem*. Sobre esto véase: Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, ed. Cambridge University Press, NY, 1995.

⁵⁸ Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, p. 111.

⁵⁹ Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy, cit.*, p. 9.

y la capacidad para aceptarlos o tratar de cambiarlos a la luz de preferencias y valores de un orden más alto. Por medio del ejercicio de esta capacidad, las personas definen su naturaleza, dan coherencia y significado a sus vidas, y asumen la responsabilidad por el tipo de personas que son”⁶⁰.

Esta concepción de la autonomía se caracterizaría por los siguientes rasgos: En primer lugar, se trata de un concepto global más que local: la autonomía sería una propiedad predicable de formas de vivir o de largos períodos en la vida de las personas más que de breves momentos⁶¹. En relación con un momento de la vida de una persona se puede predicar la *identificación* (o autenticidad) entre las preferencias de primer orden y las de segundo orden, es decir, la persona actúa movida por una preferencia (de primer orden) con la que además se *identifica*. Pero la autonomía, en segundo lugar, no puede reducirse a la identificación porque hay obvias maneras de interferir con la autonomía que no afectan a la identificación: por ejemplo, la ignorancia o la manipulación no interfieren con la identificación sino con la capacidad de construir o rechazar tales identificaciones. Relacionado con lo anterior, en tercer lugar, resulta contra-intuitivo pensar que la autonomía puede alcanzarse resolviendo el conflicto entre preferencias por medio de alterar nuestras preferencias de orden más elevado. En todo caso, sería necesario que este cambio cumpliera ciertas condiciones (que dejaran fuera, por ejemplo, la hipnosis como un medio de ser más autónomo) que nuestro autor resume en la expresión “independencia procedimental”⁶². En cuarto y último lugar, la autonomía no se limita a la capacidad para hacer efectivos ciertos deseos en nuestras acciones y va más allá de la capacidad para reflexionar críticamente sobre nuestras preferencias de primer orden; la autonomía requiere también la capacidad para cambiar nuestras preferencias si ese fuera nuestro deseo⁶³.

⁶⁰ Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 20. Para un estudio de esta concepción en el contexto de una indagación general del concepto de autonomía véase: Álvarez, Silvina: *La racionalidad de la moral (Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo)*, ed. CEPC, Madrid, 2002, pp. 233 y ss. Una crítica de la concepción de la autonomía de Gerald Dworkin, realizada en el contexto de la discusión sobre el paternalismo médico, puede verse en Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principios de ética biomédica*, ed. Masson, Barcelona, 2002, pp. 114 y 115.

⁶¹ Silvina Álvarez ha destacado que la concepción de la autonomía de Gerald Dworkin “incorpora ya varios elementos que están ausentes de la autonomía restringida o kantiana, en especial, presupone la noción de identidad respecto de la cual el sujeto autónomo deberá reflexionar si pretende que su conducta sea coherente con esa identidad”, en Álvarez, Silvina: *La racionalidad de la moral (Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo)*, cit., p. 241.

⁶² Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 16.

⁶³ Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., pp. 14-16.

De acuerdo con Gerald Dworkin la autonomía es, por tanto, una noción más rica que la de libertad, que nuestro autor entiende como la mera ausencia de interferencias o la presencia de alternativas. La libertad sería “la capacidad de una persona de hacer lo que desea y de disponer de opciones significativas que no son cerradas o desalentadas por las acciones de otros agentes o el funcionamiento de las instituciones sociales”⁶⁴. El núcleo de la noción de libertad “es la capacidad de una persona para convertir sus decisiones en acciones”⁶⁵. No todas las interferencias en la libertad son, a la vez, interferencias en la autonomía, ni tampoco todas las interferencias con la autonomía individual son interferencias en la libertad. No se interfiere con la libertad de una persona pero sí con su autonomía cuando, por ejemplo, se le engaña o se le oculta información. No se interfiere con la autonomía pero sí con la libertad cuando, como en el caso de Ulises y las Sirenas, al mantenerlo atado al mástil de su barco, a la vez que interferimos con su deseo de desatarse estamos promoviendo su autonomía, estamos apoyando sus esfuerzos por dirigir su vida⁶⁶.

La posibilidad de promover la autonomía interfiriendo con la libertad pone en cuestión el alcance y límites del principio según el cual una persona racional siempre preferiría la opción de ver aumentadas sus oportunidades. Entre las razones que, a juicio de Gerald Dworkin, podrían limitar este principio general se hallarían las siguientes: la existencia de costes en la toma de decisiones, el surgimiento de responsabilidad derivado de la posibilidad de haber elegido de otra manera, las presiones que se pueden originar para que se elija una determinada acción⁶⁷, las modificaciones negativas (eliminación o entorpecimiento de otras opciones) que se pueden producir en la situación original al incorporar nuevas opciones, la disminución del bienestar debida al incremento de

⁶⁴ Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 105.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 106.

⁶⁷ Gerald Dworkin pone como ejemplo el paso de una situación en la que no se pueden transmitir *mortis causa* los bienes a los hijos a una situación en que se constituye la institución del testamento. Es muy posible que algunos hubieran preferido tener esa posibilidad cerrada y poder gastar sus riquezas en ellos mismos sin presiones de los posibles herederos; en Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 69.

opciones⁶⁸, la presencia de opciones cuya disposición es en sí misma inmoral⁶⁹ y, finalmente, las razones paternalistas. Sobre estas últimas razones para preferir no ver aumentadas nuestras opciones, Gerald Dworkin dice:

“Estos son casos donde es racional para los individuos rechazar la posibilidad de hacer ciertas elecciones sobre la base de que si las elecciones estuvieran disponibles se verían tentados de adoptarlas y reconocen por adelantado que tomar tales decisiones sería dañoso en términos de sus intereses a largo plazo. La aplicación de esta línea de razonamiento a la legislación de estupefacientes, procedimientos de internamiento civil y previsiones de la seguridad social es obvia.

No se necesita suponer que siempre tememos ser arrastrados por fuertes emociones cuando aprobamos ver reducidas nuestras oportunidades. Podemos simplemente temer a la confusión o al error. Yo no querría tener una bomba conectada a un número que podría marcar en mi teléfono, porque podría marcarlo por error”⁷⁰.

Sobre estos diferentes tipos de razones para no desear ver ampliado nuestro conjunto de oportunidades, Gerald Dworkin hace una serie de consideraciones generales que denomina “precauciones”. La primera de ellas es que del hecho de que la gente prefiera no disponer de cierta oportunidad no se deriva que si llegan a disponer de ella se abstengan (o debieran abstenerse) de ejercitarla. El ejemplo que menciona es el del pacifismo: seguramente es mejor para la gente no disponer de la oportunidad de resolver las controversias por medio de la violencia, pero cuando esta oportunidad está abierta puede ser inevitable recurrir a ella. En segundo lugar, Gerald Dworkin advierte que, aunque algunos de sus ejemplos presuponen que el Estado es el instrumento para la limitación de oportunidades, nada le compromete con la posición de que el Estado sea el instrumento más adecuado. En muchos casos, explica nuestro autor, los individuos podrán llegar a acuerdos privados entre ellos o idear cualquier mecanismo al margen del Estado. “La cuestión del mecanismo apropiado –dice Gerald Dworkin– para la limitación de oportunidades es una que sólo puede ser decidida a partir del conocimiento de las oportunidades particulares, la naturaleza de los individuos involucrados, los costes

⁶⁸ En esta categoría Gerald Dworkin incorpora los casos descritos como dilemas del prisionero; en Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 74.

⁶⁹ Nuestro autor propone como ejemplo la opción de comprar reducciones de pena privativa de libertad en un sistema penal, en Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 75.

⁷⁰ Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 76.

administrativos, etc.”⁷¹. En tercer lugar, Gerald Dworkin advierte que del hecho de que en ciertas circunstancias sería racional para un individuo ver restringidas sus oportunidades no se sigue que otros puedan restringirlas en su nombre y contra su voluntad. La cuestión de lo que es en el mejor interés de la gente es relevante para decidir cuando la coerción está implicada, pero no es concluyente. “Un respeto honesto por la autonomía de los individuos –dice Gerald Dworkin- nos conducirá a ser muy precavidos al limitar oportunidades aun cuando sea en el propio interés racional de los individuos afectados”⁷².

6. Consideraciones críticas

6.1. En torno a la aproximación conceptual

6.1.1. El paternalismo como interferencias coactivas en la libertad

El extraordinario éxito del artículo de Gerald Dworkin de 1971 ha favorecido un uso de la definición de “paternalismo” propuesta por este autor que desborda sus propios objetivos. En realidad, nuestro autor caracteriza al paternalismo como “interferencias en la libertad” no porque trate de proponer formalmente una definición, sino porque su principal interés es considerar “la objeción a las interferencias paternalistas con la libertad de una persona”⁷³ y por ello, en otro lugar, añade que no son de su interés “las actividades que, aunque defendidas en razones paternalistas, no son interferencias en la libertad de las personas”⁷⁴. Además, Gerald Dworkin da por supuesto que estas interferencias en la libertad paternalistas son coactivas.

Podría decirse que Gerald Dworkin trata únicamente de aportar un concepto aproximativo de paternalismo jurídico y, en particular, del paternalismo jurídico ejercido por medio de interferencias en la libertad. Sin embargo, habría algunas inconsistencias internas entre esta aproximación conceptual y los propios ejemplos propuestos por

⁷¹ Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 76.

⁷² Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p. 78.

⁷³ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, cit. p. 19.

⁷⁴ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, cit. p. 21.

nuestro autor, las cuales vienen a poner de manifiesto que la definición de “paternalismo” en términos de “interferencias coactivas en la libertad” no sólo es inadecuada para referirse al paternalismo en general sino también para referirse al paternalismo jurídico. Además, a pesar de que Gerald Dworkin no trata de dar un concepto de paternalismo en general⁷⁵, lo cierto es que su primera definición se ha tomado como tal, dando lugar a una muy extendida concepción del paternalismo en términos de intervenciones coactivas⁷⁶. Por ello vale la pena considerar si tal caracterización es adecuada, al menos para abarcar los ejemplos de paternalismo jurídico más relevantes.

En definitiva, resulta que la definición más citada de paternalismo es, en realidad, la definición de un tipo de paternalismo. La consecuencia inevitable de esto es que se ha producido cierta confusión sobre qué características del paternalismo son definitivas y cuáles tan sólo acompañan a algunos tipos de paternalismo. Éste es el sentido de la crítica de Bernard Gert y Charles M. Culver a la definición de Gerald Dworkin, pues a su juicio: “el paternalismo en el Derecho supone, sin duda, interferencia con la libertad la mayor parte del tiempo, pero esto es debido a la naturaleza del Derecho, no a la naturaleza del paternalismo”⁷⁷; e, igualmente, de la crítica de N. Fotion (dirigida entre otros también contra la definición de Gerald Dworkin), quien cree que si los filósofos del paternalismo hubieran tomado en serio la analogía sobre la que se basa el concepto y si no hubieran partido, como con frecuencia se hace, del aspecto particular del problema

⁷⁵ No es descartable que Gerald Dworkin, en su primer artículo, a pesar de sus objetivos explícitos, termine manejando su definición como si denotara la idea de paternalismo en general. Ello explicaría que siempre utiliza el término “paternalismo” sin más especificaciones y que cuando se plantea la cuestión de la justificación toma como modelo de relación paternalista el paternalismo de los padres con los hijos, y sobre éste nos dice que es una “restricción de la libertad de los hijos”. De manera que, en conclusión, Gerald Dworkin lleva la idea del paternalismo como “interferencias en la libertad” más allá de lo relativo a los límites de la coacción *estatal*. Véase: Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, *cit.* p. 28.

⁷⁶ Por ejemplo, Ernesto Garzón Valdés sostiene que “la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma es *generalmente* llamada ‘paternalismo’...” (la cursiva es mía), en Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa* 5(1988), p. 155.

⁷⁷ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, *cit.* p.45.

tratado por John S. Mill en *On liberty*, hubieran resistido la “tentación” de ver el concepto de paternalismo principalmente en términos de coacción⁷⁸.

La vinculación que Gerald Dworkin establece entre interferencia en la libertad y coacción⁷⁹ nos indica que ha optado por el concepto de *libertad negativa* que denota ausencia de coerción o fuerza y que, cuando se trata de libertad *jurídica*, se centra en la noción de ausencia de prohibiciones u obligaciones jurídicas. Este concepto de libertad de acción cae dentro del concepto clásico de libertad negativa (la concepción *estándar*, a juicio de Gerald Dworkin), cuyo núcleo es la idea hobbesiana de “ausencia de oposición”, como “impedimentos externos al movimiento”⁸⁰. Francisco Laporta explica que según esta tradición, desde el punto de vista jurídico-político:

“hay libertad para actuar de una determinada manera cuando no existe norma jurídica alguna que prohíba hacerlo, o bien no existe norma que obligue a actuar de otro modo, o, todavía, existe una norma que permita actuar explícitamente de este modo”⁸¹.

En consecuencia, la definición de paternalismo jurídico de Gerald Dworkin presenta una doble restricción: En primer lugar, el único modo de intervención paternalista es la interferencia en la libertad de acción, con lo que dejaría fuera supuestos como el engaño, la manipulación, etc. Y, en segundo lugar, sólo son interferencias en la libertad de acción

⁷⁸ Véase: Fotion, N.: “Paternalism”, en *Ethics*, 89(1979), pp. 191-198. Ahondando en este argumento de N. Fotion, a mi juicio también cabría señalar otra mala consecuencia de la excesiva relevancia otorgada en este tema al *On Liberty* de John S. Mill y es, simplemente, el oscurecimiento de la importancia de la obra de Wilhelm von Humboldt *Los límites de la acción del Estado*, que se comentó en el primer capítulo. De hecho, como ya se explicó, John S. Mill ni siquiera estaba preocupado directamente por la coacción *estatal*, sino más bien por los límites del poder de la *sociedad* sobre el individuo; y, más en particular, por la universal costumbre de las mayorías de querer imponer sus formas de vida sobre las minorías, incluso en aquellos aspectos en los que los primeros no tienen más que un interés indirecto (reducible al mero desagrado de saber que algunos se comportan privadamente de cierta manera). Por el contrario, Wilhelm von Humboldt al tratar de combinar la diversidad de fines estatales con la diversidad de medios estatales, en orden a juzgar sobre su legitimidad, nos ofrece un mejor punto de partida para elaborar un concepto de paternalismo: por lo menos, un concepto de *paternalismo estatal* no reducido al establecimiento de sanciones.

⁷⁹ Adviértase que esta vinculación queda establecida en la propia definición de paternalismo de Dworkin, en cuyo último inciso se indica que la persona sobre la que recae la interferencia en la libertad de acción es *coaccionada*. Véase: Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 21; y Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 105.

⁸⁰ Véase: Hobbes, Thomas: *Leviatán*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 159.

⁸¹ Laporta, Francisco J.: “Sobre el uso del término libertad en el lenguaje político”, en *Sistema*, 52(1983), p. 25.

las interferencias coactivas, en este caso ejercidas por medio de mandatos jurídicos, con lo que dejaría fuera supuestos como, por ejemplo, la incapacidad (jurídica) de los menores para llevar a cabo ciertos actos jurídicos (por su propio bien).

A) Interferencias coactivas en la libertad y paternalismo impuro

Un primer problema interno a la teoría de Gerald Dworkin derivado de su definición se presenta en relación con la noción de paternalismo impuro. De acuerdo con la definición de Gerald Dworkin, en el paternalismo la persona coaccionada y la persona beneficiada coinciden, o, dicho de otra manera, la única finalidad de la norma coactiva es el bien individual de *la persona coaccionada*. Sin embargo, nuestro autor admite la existencia de un conjunto de casos de paternalismo impuro, en los que para beneficiar al *sujeto B* se coacciona a un tercero. Estas interferencias de paternalismo impuro se diferenciarían de aquellas que tratan de evitar daños a terceros, donde también se coacciona a unos para evitar daños a otros (por ejemplo, la prohibición del homicidio), porque en los delitos de paternalismo impuro la persona que sufre el daño lo podría haber evitado si hubiera querido.

No queda claro en la presentación que del paternalismo impuro nos hace Gerald Dworkin si este concepto debe entenderse como una figura afín al verdadero paternalismo o como un tipo de paternalismo. A favor de considerarlo una figura afín al paternalismo está el propio calificativo de “impuro” que sugiere que no se trata, por tanto, de verdadero paternalismo y, principalmente, que este tipo no cumple la condición establecida en la definición de paternalismo de que la persona beneficiada y la persona coaccionada coincidan. De acuerdo con esta interpretación, el paternalismo trataría estrictamente con actos auto-referentes, en particular, con los daños auto-infligidos. A favor de considerarlo un tipo de paternalismo se halla la vacilación que nuestro autor muestra, al tratar del paternalismo impuro, en cuanto a si la condición definitoria del paternalismo a secas es, estrictamente, que el sujeto beneficiado y el sujeto *coaccionado* coincidan, o la condición más general de que el sujeto beneficiado y aquél cuya *libertad es interferida* coincidan.

El problema se plantea por la precipitada presuposición contenida en la definición de paternalismo de que siempre que se interfiere con la libertad de un sujeto éste es

coaccionado. Como no cabe duda de que en los supuestos de paternalismo impuro el sujeto beneficiado no es *directamente* coaccionado, Gerald Dworkin muestra dudas sobre si se interfiere con su libertad. Por ello al tratar de los casos de paternalismo impuro afirma, en primer lugar, que algunos de sus ejemplos muestran que “la clase de personas cuyo bien está en juego no siempre es idéntica a la clase de personas cuya libertad es restringida”⁸² (de donde se desprende que sólo la persona coaccionada ve restringida su libertad) pero, en segundo lugar, adopta una fórmula vaga al respecto, según la cual en estos casos se restringe la libertad de unas personas “*junto a* aquellos que son beneficiados”⁸³ y, finalmente, afirma que el paternalismo “*siempre* supondrá limitaciones a la libertad de algunos individuos en su propio interés, pero puede extenderse también a interferencias con la libertad de partes cuyos intereses no están en cuestión” (la cursiva es mía)⁸⁴.

A mi juicio, la mejor solución sería distinguir, como hacen por ejemplo John Kleinig⁸⁵ y Joel Feinberg⁸⁶, entre paternalismo *directo e indirecto*, como dos tipos de paternalismo coactivo: el directo, referido a aquellos casos en los que el sujeto beneficiado y el coaccionado coinciden y, el indirecto, referido a aquellos casos en los que la coacción no se dirige directamente contra el sujeto beneficiado. Ambas nociones incluidas en un concepto más general de paternalismo entendido como *interferencias en la libertad de un individuo por su propio bien*. Así, por ejemplo, la prohibición de la eutanasia voluntaria sería un caso de paternalismo coactivo indirecto, porque al amenazar al médico con una sanción en caso de practicarla, se dificulta y en muchos casos se imposibilita al enfermo hacer lo que quiere hacer. Esta enmienda supone entender que en los casos de paternalismo impuro ambas partes ven restringida su libertad, aunque sólo una de ellas (precisamente, la que no es beneficiada por la medida) es coaccionada. En definitiva, con respecto al paternalismo impuro, creo que Joel Feinberg tiene razón cuando sostiene que “Dworkin debería haber dicho lo que quería decir, a saber, que la

⁸² Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, cit., p. 22.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Véase: Kleinig, John: *Paternalism*, cit., p. 14.

⁸⁶ Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 9 y ss.

clase de personas que son penalmente sancionables por las restricciones [no coincide con la clase de personas cuyo bien se trata de proteger]”⁸⁷.

La conclusión de las anteriores consideraciones es que la definición de Gerald Dworkin sería más aceptable eliminando la referencia a la coacción y manejando una noción más amplia de “interferencias en la libertad”, que englobaría todos los casos en los que se impide u obstaculiza a alguien la realización de sus deseos por cualquier medio. Esta definición más amplia permitiría considerar como paternalismo algunos de los ejemplos de paternalismo impuro que el propio Gerald Dworkin propone y que, sin embargo, caerían fuera de su definición.

B) Interferencias coactivas en la libertad y validez de los contratos

Un caso de especial relevancia en el que se muestra la inadecuación de la definición del paternalismo en términos de interferencias coactivas en la libertad es el de las *leyes que regulan los tipos de contratos que pueden ser respaldados como válidos por los tribunales*. La cuestión que aquí se plantea es si el no-reconocimiento de una capacidad jurídica, por ejemplo para hacer válidamente un contrato de esclavitud, es una interferencia en la libertad jurídica negativa.

La respuesta depende de cómo se conciban las competencias o capacidades jurídicas (de ahora en adelante, me referiré a ambas como “competencias”). El núcleo del concepto de competencia lo constituye la idea de modificación de una situación jurídica. En la teoría del Derecho, las competencias se han entendido con frecuencia como permisiones o autorizaciones⁸⁸. Esta interpretación de las competencias como autorizaciones o permisiones facilita el considerar a una no-competencia como una interferencia con la libertad jurídico negativa (entendida “libertad” como ausencia de prohibiciones jurídicas). Si la incompetencia de un sujeto para constituir válidamente un contrato de esclavitud es equivalente a que no le está permitido a ese sujeto darse en esclavitud y, por tanto, le está prohibido, entonces sólo es necesario añadir que la razón

⁸⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit. p. 377.

⁸⁸ Hans Kelsen y Georg Henrik von Wright, por ejemplo, han defendido esta concepción. Se puede ver un resumen y crítica de sus argumentos en Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho (Teoría de los enunciados jurídicos)*, ed. Ariel, Barcelona, 1996, pp. 47 y ss.

de tal incompetencia es su propio bien, para obtener una interferencia paternalista con la libertad negativa. Creo, sin embargo, que, como han mostrado diversos autores⁸⁹, hay muy buenas razones para distinguir claramente la competencia de la permisión.

Desde este último punto de vista, las competencias son acciones institucionales, es decir, “acciones que pueden ser realizadas no sólo sobre la base de capacidades naturales sino que presuponen reglas, para ellas constitutivas”⁹⁰: por ejemplo, dar jaque mate en el ajedrez, hacer testamento, etc. En contraposición, las acciones naturales “se enuncian con independencia de las reglas que forman parte de una determinada institución”⁹¹: por ejemplo, fumar, abrir la ventana, golpear la pelota, etc. Lo importante es entender que son ciertas reglas las que constituyen las acciones institucionales. Estas reglas suelen denominarse “reglas que confieren poderes” y, a diferencia de las normas cuya principal finalidad no es crear resultados institucionales sino guiar la conducta y que suelen denominarse normas deónticas o de mandato, no califican a una determinada acción como prohibida, permitida u obligatoria. Cuando se trata de mandatos, la acción es independiente de la regla, como señala Robert Alexy: “la permisión no agrega nada a la capacidad de acción que existe independientemente de ella”⁹². Una consecuencia que se deriva de todo esto es que las normas deónticas o de mandato pueden calificar tanto a una acción natural como a una acción institucional y, por tanto, el ejercicio de las competencias puede ser permitido, prohibido u obligatorio.

El ejemplo de paternalismo propuesto por Gerald Dworkin, *nadie puede hacer un contrato válido de servidumbre involuntaria perpetua*⁹³, es también, en mi opinión, un

⁸⁹ Véase: por ejemplo, Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, ed. CEC, Madrid, 1993, pp. 228 y ss; y Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho (Teoría de los enunciados jurídicos)*, cit.

⁹⁰ Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 231. Sobre esto véase: Searle, John: *Actos de habla*, ed. Cátedra, Madrid, 1985.

⁹¹ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho*, cit., p. 59.

⁹² Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 229 y 230.

⁹³ Es de suponer que Gerald Dworkin usa la expresión de “servidumbre involuntaria perpetua” para referirse a la no muy clara noción de “esclavitud voluntaria”. Al señalar que la servidumbre es involuntaria, debe querer indicar que el contrato de servidumbre se orienta a prevenir futuros cambios de opinión de la persona que en el momento del acuerdo acepta voluntariamente ser esclavo por tiempo indefinido. Si no fuera así y la servidumbre fuera involuntaria en el sentido de que un individuo ha sido forzado a devenir esclavo (por ejemplo, porque forma parte de un botín de guerra), entonces el ejemplo ni tendría particular

caso de incompetencia; es decir, que nadie es competente para darse en esclavitud o para convertirse en propietario de otra persona. La esclavitud no está prohibida en España, como tampoco lo están, por ejemplo, los matrimonios homosexuales⁹⁴. El individuo que es pretendidamente beneficiado por su incapacidad para constituir válidamente un contrato de esclavitud no es el destinatario de una prohibición jurídica, ni es coaccionado en medida alguna, simplemente le es *imposible* darse en esclavitud. Lo mismo cabe decir con respecto a quien pretende tomar a otra persona como esclavo, le es imposible constituir jurídicamente tal relación⁹⁵.

Podría pensarse que el no-reconocimiento de la esclavitud como institución conlleva la prohibición de la esclavitud *de facto*. Esta disociación entre esclavitud *de iure* y esclavitud *de facto*, se produce porque en la mayoría de los negocios jurídicos privados, el Derecho presta su sanción a convenios de los particulares que ya se venían realizando sin este respaldo del Derecho, en algunas ocasiones por largo tiempo: por ejemplo, los fideicomisos, muy frecuentes en la vida social de la Roma antigua, no se pusieron bajo la protección del Derecho romano hasta la época de Augusto. Frente a un convenio entre particulares el Derecho adoptará alguna de estas tres respuestas: a) rechazo y prohibición: por ejemplo, la prohibición de la prostitución; b) aprobación y protección: por ejemplo, el respaldo a acuerdos de transmisión de bienes inmuebles; y c) ignorancia del convenio, sin

interés para el problema del paternalismo ni estaría relacionado con la categoría que pretende ilustrar: *las leyes que regulan los tipos de contratos que pueden ser respaldados como válidos por los tribunales*. Gerald Dworkin identifica, además, su ejemplo con el que sirviera a Mill para justificar excepcionalmente una interferencia paternalista: “un acuerdo por el cual una persona se vendería a sí mismo, o permite ser vendido, como esclavo”. En adelante, utilizaré la expresión de “esclavitud voluntaria” para referirme a este caso. La cita corresponde a Mill, John Stuart: *Utilitarianism and On liberty*, ed. Mary Warnock, Londres, 1962, p. 235.

⁹⁴ El ejemplo lo he tomado de Joel Feinberg, quien sostiene la misma opinión que aquí se defiende: “Suscribir un contrato de esclavitud –dice este autor- no es en éste y en otros países civilizados el nombre de un crimen. El Estado simplemente rehúsa ofrecer, como una especie de servicio, un mecanismo para la creación de obligaciones legales del tipo correspondiente, tal y como rehúsa proveer los mecanismos legales para producir matrimonios homosexuales o bígamos”, en Joel, Feinberg: *Harm to Self*, *cit.*, p. 71.

⁹⁵ El propio Gerald Dworkin en su artículo de reconsideración de sus principales tesis en torno al problema del paternalismo, “Paternalism: Some Second Thoughts”, admite que el “problema es si ciertos contratos serán sancionados más que si habrá una restricción de primer orden sobre la conducta misma (...) El rechazo a sancionar tales acuerdos puede frustrar deseos, pero no es una interferencia directa con la libertad”, en Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf (coord.): *Paternalism*, *cit.*, p. 111. Como ya expliqué anteriormente, mis consideraciones se refieren al primer artículo de Gerald Dworkin que es el más citado y sobre el que, en gran parte, se ha construido la discusión contemporánea sobre el paternalismo.

prestarle, en consecuencia, el respaldo del Derecho⁹⁶. Lo que aquí se viene diciendo es que la respuesta “c” no es reducible a la respuesta “a”.

Prueba de que el mero no-reconocimiento de la capacidad jurídica para constituir un contrato de esclavitud, sea como “esclavo” o como “amo”, no es una prohibición jurídica de la esclavitud voluntaria *de facto* es que, en nuestro Derecho, a pesar de este *no-reconocimiento* está permitido que alguien inicie una relación de esclavitud voluntaria *de facto*, de la misma manera que dos homosexuales pueden ser una pareja de hecho o dos mujeres convivir con un hombre en una relación de bigamia⁹⁷. Con respecto a una relación de esclavitud voluntaria *de facto*, las interferencias (coactivas) a la libertad de acción del amo con respecto a su esclavo serían las mismas que con respecto a cualquier otra persona: las prohibiciones de golpear, matar, violar, etc. No se produce ninguna *restricción adicional* en la libertad de la persona que inicia una relación consentida *de facto* de esclavitud en la posición de “amo”, con respecto a cualquier otra relación de naturaleza diferente. Por otro lado, el esclavo voluntario *de facto* no necesita de la coacción de su “amo” para obedecer y nada le impide que dedique su vida a acatar las órdenes de éste. Como señala Joel Feinberg, tan sólo la libertad de vivir una relación de esclavitud sado-masoquista es limitada por el Derecho, en la medida en que al pretendido “amo” no le está permitido, por ejemplo, lesionar al “esclavo” aun con el consentimiento de este último⁹⁸. Pero parece que estas limitaciones paternalistas tendrían que ver con la naturaleza sado-masoquista de la relación y no con su naturaleza de servidumbre⁹⁹.

⁹⁶ Véase: Betti, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, ed. Comares, Granada, 2000.

⁹⁷ Creo que un ejemplo de esta situación de esclavitud *de facto* se puede encontrar en algunas órdenes religiosas católicas que exigen a sus miembros un estricto voto de obediencia hasta la muerte. No obstante, el no reconocimiento de los contratos de esclavitud puede suponer una verdadera imposibilidad de ser esclavo, si entendemos que el elemento clave de esta relación es que el esclavo renuncia irrevocablemente a su derecho a la libertad y no sólo a su ejercicio. La voluntariedad de la esclavitud residiría únicamente en el acuerdo inicial, a partir del cual el abandono de la condición de esclavo (la manumisión) quedaría totalmente en manos del propietario.

⁹⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, *cit.*, p. 72. Hay que recordar que Joel Feinberg, a diferencia de Gerald Dworkin, sostiene que en los casos de paternalismo impuro, que denomina indirecto, también se interfiere con la libertad del sujeto al que se quiere beneficiar.

⁹⁹ No obstante, quizás una indagación general sobre el Derecho mostraría que sin haber hecho explícita la prohibición de la “esclavitud” el sistema jurídico prohíbe, sin embargo, todas y cada una de las manifestaciones de la misma. Pensemos, por ejemplo, en la prohibición de explotación laboral.

En conclusión, si el rechazo a validar jurídicamente acuerdos de esclavitud no constituye una prohibición de la esclavitud voluntaria *de facto*, dado el concepto de libertad manejado por Gerald Dworkin tampoco constituye una interferencia en la libertad y no es, por tanto, un caso de paternalismo, ni puro ni impuro.

C) Interferencias coactivas en la libertad y el caso del fluor

Merece la pena destacar también que otro de los ejemplos de Gerald Dworkin, *poner fluoruro en el suministro comunitario de agua*, no encaja con la definición de paternalismo como interferencias coactivas en la libertad. Algún autor se ha referido a este mismo caso como uno de exacción coercitiva de dinero; es decir, lo coactivo es pagar el coste de llevar a cabo la fluorización del agua, incluso si tal coste se distribuye entre todos los ciudadanos¹⁰⁰. Sin embargo, no es ésta la interpretación de Gerald Dworkin: a su juicio, en estos casos, que denomina de ‘decisiones colectivas’, no se exige a nadie beber agua fluorada: “solamente lo hacemos más fácil para aquellos que desean recibir flúor y lo hacemos correspondientemente más difícil evitarlo para aquellos que no lo desean”¹⁰¹.

Llama poderosamente la atención que Gerald Dworkin asuma que la forma o el modo de intervención en este caso es paternalista. De nuevo debemos preguntarnos: ¿es ésta una restricción coactiva? Ciertamente, la decisión de poner flúor se aplica contra la voluntad de la minoría disidente y, en última instancia, si esta minoría lleva su oposición hasta el punto de tratar de impedir que el flúor se vierta es muy probable que se encontrara frente a la coacción del Estado. Sin embargo, nadie es forzado a tomar flúor, ni amenazado con la privación de algún bien en caso de no tomar flúor y, en consecuencia, nadie es coaccionado a tomar flúor.

Por otro lado, si enlazamos la idea de paternalismo con la promoción del bien individual como contraposición al bien público o colectivo, no parece que este supuesto

¹⁰⁰ Al menos esta es la interpretación que del mismo caso hace Donald VanDeVeer, aunque, a su juicio, no se trata de verdadero paternalismo, porque el objetivo del mismo no es imponer un beneficio sobre una mayoría en desacuerdo, sino en hacer lo que esa mayoría aprueba, aun a costa de imponer la medida beneficiosa a una minoría disidente. Véase: VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions (The Moral Bounds on Benevolence)*, ed. Princeton University Press, Princeton, 1986, p. 430.

¹⁰¹ Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, *cit.*, p. 108.

sea con propiedad paternalista porque la fluorización del agua bien puede tener como finalidad la generación del bien colectivo de la salud pública, es decir, la generación de unas condiciones generales que promueven y protegen la vida saludable. No obstante, es cierto que, en sentido estricto, la fluorización del agua no es un bien público, porque los individuos pueden obtener agua fluorada sin necesidad de solucionar un problema de coordinación (aunque la coordinación facilita el acceso al agua fluorada y disminuye los costes) y, además, el disfrute del agua fluorada es susceptible de apropiación individual.

En conclusión, para reconducir un supuesto como éste al ámbito de aplicación del paternalismo según Gerald Dworkin creo que hay dos vías: en primer lugar, extender el concepto de interferencias en la libertad más allá de los casos de coacción, de manera que incluya la imposibilidad o dificultad de consumir agua corriente no fluorada como una interferencia en la libertad¹⁰²; y, en segundo lugar, considerar que una decisión colectiva es candidata a política paternalista si se aplica contra las preferencias (en este caso, beber agua sin fluor) de los destinatarios o afectados (en forma relevante) de la misma. La aproximación conceptual de Gerald Dworkin tan sólo recorre la primera vía, pero de nuevo he de insistir en que su identificación entre interferencia en la libertad y coacción le impide casar estos supuestos en su definición de paternalismo.

D) Descartes inadecuados

Queda por señalar un último problema de la identificación que se viene comentando entre paternalismo, interferencia en la libertad y coacción. Me refiero al descarte que Gerald Dworkin realiza con respecto a algunas actividades que “aun defendidas sobre razones paternalistas, no son interferencias con la libertad de las personas”¹⁰³. Gerald Dworkin menciona dos casos: dar subsidios en especie en lugar de en metálico y no incluir franquicias en los seguros de automóviles de 1000 \$ porque serían requeridas precisamente por los que no pueden pagarlas.

¹⁰² El concepto de libertad de Felix Oppenheim, por ejemplo, permite entender que la libertad de todos los ciudadanos de beber o no agua fluorada se vería obstaculizada, y según las circunstancias impedida, en la medida en que el vertido del flúor es imputable a un agente, en este caso a las autoridades locales. Véase: Oppenheim, Felix E.: *Conceptos políticos (Una reconstrucción)*, ed. Tecnos, Madrid, 1987.

¹⁰³ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, p. 21.

En realidad, Gerald Dworkin tan sólo afirma que estos casos no le interesan. Ahora bien, me parece que se le podría reprochar un desinterés injustificado por dos razones. En primer lugar, como se viene argumentando, es evidente que estos supuestos no son interferencias coactivas, pero lo es mucho menos que no sean interferencias en la libertad, porque incluso desde una concepción de la libertad de acción hobbesiana, como impedimentos a la acción, bastaría con admitir que la coacción no es el único impedimento relevante a la acción para calificarlos como tales interferencias: quien recibe un subsidio en especie tiene menos opciones de acción al respecto que quien lo recibe en dinero¹⁰⁴. En segundo lugar, tratándose de interferencias en la libertad paternalistas, no se ve de qué manera estos casos son menos relevantes que, por ejemplo, la prohibición de los duelos, por mucho que este último sea un supuesto de paternalismo *coactivo*. Más bien al contrario, a mi juicio, los dos casos mencionados son muy interesantes y merecen discusión: en particular, el ejemplo de dar subsidios en especie en lugar de en metálico se sitúa en el centro de los problemas relacionados con el Estado de bienestar y paternalismo y, en general, se refiere al importante problema del paternalismo en las instituciones de beneficencia. Quisiera mencionar, tan sólo de pasada, que uno de los argumentos más fuertes a favor de un *salario mínimo universal* es que de esta manera se evitaría el paternalismo de los tradicionales servicios sociales; y que, por el contrario, algunas de las críticas más interesantes que, a mi juicio, se pueden dirigir contra esta idea reivindicarían un justificado paternalismo.

Por último, tampoco me parece adecuado el descarte como paternalistas de las leyes que tratan de evitar la publicidad engañosa o controlar todo lo relativo a alimentos y medicamentos, porque en estos casos se trata de proveer la “información que se presume que toda persona racional está interesada en tener para tomar decisiones correctas”. La propia razón que nos propone Gerald Dworkin para el descarte es de ida y vuelta, porque al presuponer que es irracional no obtener un grado de información suficiente para tomar una decisión correcta, mediante estas leyes, a mi juicio, el Estado aparece supliendo el déficit de racionalidad de sus ciudadanos. Para determinar si alguna de estas concretas regulaciones son paternalistas habría que distinguir, a mi juicio, aquellos casos en los que el Estado proporciona una información a la que el ciudadano no puede acceder con un

¹⁰⁴ Una opinión coincidente con esta puede verse en: Kleinig, John: *Paternalism, cit.*, p. 5.

coste razonable, de aquellos casos en los que el Estado impone al ciudadano la información que pudiendo obtener con un coste razonable no obtiene, al objeto de evitar que lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan¹⁰⁵.

6.1.2. Acto, norma y justificación paternalista

La definición de Gerald Dworkin está sujeta a una importante objeción derivada de la falta de distinción de este autor entre el acto, la norma y la justificación paternalista.

De acuerdo con nuestro autor, una interferencia en la libertad es paternalista cuando es “justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar...”. John Kleinig y Donald VanDeVeer sostienen que Gerald Dworkin debiera haber añadido “posiblemente” o “pretendidamente” delante de la palabra “justificada” para evitar que su definición parezca no neutral¹⁰⁶. Esta corrección resulta, a primera vista, muy pertinente porque si no se tratara en la definición únicamente de una *justificación pretendida* y se entendiera que se trata de la *justificación objetiva*, no habría razón para continuar con la indagación acerca de la justificación moral del paternalismo jurídico. En conclusión, Gerald Dworkin sostiene que son paternalistas aquellas interferencias coactivas en la libertad cuya *justificación pretendida* es el bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada.

Esta idea de “justificación pretendida” casa mal con la definición de “acto paternalista”, la cual, a mi juicio, requiere acudir centralmente a la noción de intención: por ejemplo, el “acto paternalista” es “un acto (coactivo, en el caso más claro) realizado con la intención de promover o proteger el bienestar, el bien, la felicidad, etc., de la persona coaccionada”. Hay que advertir que un agente bien puede pretender una

¹⁰⁵ Aquí es interesante mencionar que la *Sale of Goods Act* de 1979 establecía como disposiciones implícitas (*implied terms*) imperativas de los contratos de venta de bienes que lo vendido debía corresponderse con su descripción o muestra; esta norma venía a modificar una máxima de *common law*, conocida como *caveat emptor*, según la cual se advertía al comprador que no podría pretender que lo comprado estaba defectuoso a menos que se protegiese a sí mismo por medio de obtener garantías expresas por parte del vendedor. Desde el punto de vista de la doctrina del *caveat emptor*, el cambio legislativo operaba en una dirección paternalista al tratar al comprador como un niño que no es capaz de asegurarse por sí mismo de que lo que le entrega el vendedor coincide con lo pactado.

¹⁰⁶ VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions (The Moral Bounds on Benevolence)*, cit., p. 25; Kleinig, John: *Paternalism*, cit., p. 10.

justificación paternalista de actos (intencionalmente) no paternalistas, los cuales de acuerdo con la definición de Gerald Dworkin deberían ser considerados genuinamente paternalistas¹⁰⁷.

Es plausible sostener que nuestro autor, al definir el paternalismo, tiene en mente principalmente a las normas paternalistas. De ahí que prácticamente todos sus ejemplos se refieren a regulaciones y, cuando menciona que es difícil dar con ejemplos puros de interferencias paternalistas, explica que se debe a que casi cualquier *disposición legislativa* puede justificarse por diversas razones. No obstante, es necesario advertir que Gerald Dworkin también aplica su definición a algunos supuestos de *actos* paternalistas: por ejemplo, poner flúor en el depósito comunitario de agua, retener a alguien que cree que si salta al vacío flotará o, en general, el paternalismo de los padres sobre los hijos¹⁰⁸.

Ahora bien, la cuestión es si en relación con las normas, y a diferencia de los actos, es adecuado tomar el criterio de su justificación para calificarlas como paternalistas. En mi opinión, conviene distinguir entre la explicación y la justificación de las normas. Como señala Cass R. Sunstein: “una explicación pretende dar cuenta de la existencia de una norma, mientras que una justificación pretende decir que la norma es una buena idea”,¹⁰⁹. Por explicación de una ley entiendo una *reconstrucción racional coherente* que explica cómo es comprendida la norma en sociedad, para qué sirve la norma, cómo funciona la misma¹¹⁰. Se trataría, en definitiva, de determinar la verdadera

¹⁰⁷ La historia está plagada de actos de explotación enmascarados de paternalismo. Uno de los casos más sobresalientes es el de Leopoldo II de Bélgica, el cual pretendía que su gobierno en el Congo estaba justificado por el propio bienestar, bien, felicidad, etc., de los congoleños. Sin embargo, hoy tenemos razones para sostener que Leopoldo II no actuaba como un soberano paternalista, sino como un déspota brutal. Las acciones de Leopoldo II buscaban su propio enriquecimiento y no sólo no beneficiaron a los congoleños sino que acabaron con la vida de entre 5 a 8 millones de ellos, durante los años de su reinado. Véase: Hochschild, Adam: *El fantasma del rey Leopoldo (Codicia, terror y heroísmo en el África colonial)*, ed. Península, Barcelona, 2002.

¹⁰⁸ Otra observación de Donald VanDeVeer sobre la definición de Gerald Dworkin se refiere a que éste último debería hacer indicado que con la intervención paternalista se trata de *promover y/o proteger* el bienestar, bien, felicidad, etc., pues tal y como se presenta la definición, pudiera entenderse que también es paternalista la interferencia en razón de *destruir* el bienestar, bien, felicidad, etc., de un individuo; si bien la objeción resulta un tanto ociosa, es cierto, a mi juicio, que la definición gana en claridad aceptando la enmienda de Donald VanDeVeer. Véase: VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions (The Moral Bounds on Benevolence)*, cit., p. 28.

¹⁰⁹ Sunstein, Cass R.: “Las funciones de las normas regulativas”, en *Isonomía* 17(Octubre, 2002), p. 44.

¹¹⁰ Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 16 y ss.

finalidad de la ley. Ciertamente, la “justificación pretendida o alegada” de una ley puede ser una prueba importante de su finalidad. Así, por ejemplo, si el legislador en el preámbulo de la ley señala que cierta prohibición se justifica por los graves daños que trata de evitar a los destinatarios de la misma, tenemos una base sólida para sostener que se trata de una ley paternalista. Pero creo que la definición de Gerald Dworkin gana en claridad si se sustituye la expresión “interferencia en la libertad de acción de una persona justificada” por la de “interferencia en la libertad de acción de una persona cuya finalidad principal es...”.

Un problema directamente relacionado con lo anterior es la pretensión de nuestro autor de que una ley no es paternalista si puede ser “justificada” de otra manera. Éste sería el caso de la *legislación que impone una jornada máxima de trabajo*, que Gerald Dworkin presenta como un ejemplo de un tipo de legislación que con frecuencia se confunde con el paternalismo, pero que debería ser distinguida de éste. La razón para evitar esta confusión es que, a su juicio, a pesar de que “pueda ser que alguna legislación de esta naturaleza esté, de hecho, motivada paternalistamente (...) existe otra posible forma de justificar tales medidas que no es paternalista”. La otra justificación posible a la que se refiere Gerald Dworkin consiste en entender que estas limitaciones a la capacidad de contratar son soluciones racionales a problemas de acción colectiva del tipo “dilema del prisionero” (todos los trabajadores salen ganando si nadie está dispuesto a contratar más de un cierto número de horas de trabajo, pero cada uno de ellos puede sacar ventaja si contrata más horas mientras todos los demás se auto-restringen; para evitarlo el Derecho garantiza el cumplimiento del acuerdo colectivo).

Gerald Dworkin parece sostener aquí que una ley que por su finalidad sea paternalista deja de serlo si cabe justificarla de acuerdo con principios no paternalistas. A mi juicio, esto no tiene sentido desde el punto de vista conceptual. Podemos pensar que el legislador es paternalista con los ciudadanos al imponerles el cinturón de seguridad en los coches y, a la vez, que esa misma prohibición cabría justificarla en el principio de daño a terceros (en un sentido amplio que incluiría la promoción de bienes públicos). O, al revés, podemos pensar que el legislador no es paternalista con los ciudadanos al imponer el cinturón de seguridad, porque su finalidad principal es ahorrar costes a la sanidad pública, y, a la vez, que la prohibición estaría justificada en razones paternalistas.

Tampoco creo que sea necesario para la calificación de una ley como paternalista que ésta sea su única finalidad. A mi juicio, bastaría con que el paternalismo sea su finalidad principal y, cuando éste no es el caso, cabría entender que hay leyes que tiene un componente paternalista. Por ejemplo, si la lucha contra el tabaco, además de evitar daños al propio fumador, trata de promover una distribución más equitativa de los gastos en la sanidad pública o de evitar daños a los no fumadores, no creo que por eso se deba decir que no es paternalista en absoluto, sino que puede decirse que se trata de una legislación parcialmente paternalista¹¹¹.

Por último, quisiera señalar que la aplicación de este criterio entre paternalismo y otras figuras afines plantea problemas a la categoría de paternalismo impuro (que, como reconoce el propio Gerald Dworkin, parecen susceptibles de ser justificadas también por el principio de daño a terceros) y a algunos ejemplos de paternalismo propuestos por nuestro autor, en particular la *contribución obligatoria a la seguridad social*. Como vimos en el capítulo anterior, el paternalismo fue un fuerte componente en la génesis de estas prácticas (sobre todo en la visión que de las mismas tuvieron los círculos del catolicismo social) y creo que es plausible sostener que lo sigue siendo, aunque en menor medida. Pero, a la vez, también en su génesis y con mucha fuerza hoy en día, estas políticas de seguro social han sido vistas como políticas redistributivas, donde no se trata principalmente de remediar la imprevisión de los ciudadanos sino de asegurar la solidaridad entre los mismos. Sobre la calificación de estas leyes de seguridad social, a mi juicio, cabría decirse que hoy en día, en Europa occidental, son leyes principalmente solidarias, pero con un componente paternalista. Pero es que, además, en el contexto norteamericano se suelen ver, precisamente, como leyes orientadas a solucionar un problema de acción colectiva idéntico al que Gerald Dworkin nos presenta en relación con la imposición de una jornada máxima de trabajo¹¹².

6.1.3. La distinción entre paternalismo y moralismo jurídico

¹¹¹ Véase, por ejemplo: Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 420 y ss; Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 8; Regan, Donald: “Justifications for Paternalism”, *Nomos XV: The Limits of Law*, Lieber-Atherton, New York, 1974, p. 189; y Husak, Douglas N.: “Recreational Drugs and Paternalism”, en *Law and Philosophy* 8(1989), p. 358.

¹¹² Véase: por ejemplo, Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 18.

De entre los ejemplos de paternalismo que presenta Gerald Dworkin sorprende la inclusión de la interferencia consistente en regular la conducta sexual, en particular, *la homosexualidad entre adultos que consienten y en privado*. Éste caso, como vimos en el capítulo primero, se situaba en el centro de la polémica entre Herbert L. A. Hart y Patrick Devlin en torno a la imposición de la moral por el Derecho. En esa polémica, Herbert L. Hart sostenía que la *moralista* prohibición de la práctica de la homosexualidad entre adultos que consienten y en privado, debía ser distinguida de los casos de *paternalismo* (por ejemplo, la prohibición del consumo de drogas), donde se trataría, principalmente, de “evitar daños corporales” o de “proteger a los individuos de sí mismos”¹¹³. Siguiendo esta línea, se ha vinculado con frecuencia la idea de paternalismo con la finalidad de evitar daños auto-infligidos de tipo *físico, psíquico o económico*. Se trata, por tanto, de una doble restricción que permite dejar fuera de la discusión (1) interferencias coactivas en las que no se trata de evitar daños sino de beneficiar y (2) interferencias en las que se trata de evitar otros males diferentes a los daños físicos, psíquicos o económicos: por ejemplo, el mal de un carácter moral degradado. Ambos tipos de interferencias serían, a mi juicio, formas de perfeccionismo jurídico.

La distinción entre el paternalismo y el moralismo no sólo está explícitamente defendida en el discurso de Herbert L. A. Hart sino también está presupuesta en muchas de las consideraciones que, como vimos en el capítulo primero, hacían Wilhem von Humboldt o John S. Mill entre otros. Aún cuando estos autores consideraran ilegítima toda intervención estatal que fuera más allá de la protección a terceros, ambos distinguían entre el objetivo de proteger el bienestar físico y el de cuidar de la moralidad de los individuos. La distinción es moralmente relevante porque, como señala Carlos S. Nino, “si el paternalismo fuera inseparable del perfeccionismo, la aceptabilidad de muchas de estas medidas [paternalistas] socavaría la plausibilidad de una concepción de filosofía política libre de presupuestos perfeccionistas”¹¹⁴.

¹¹³ Hart, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, cit., p.31.

¹¹⁴ Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, cit.

6.2. En torno a los criterios de justificación

Suele interpretarse que la vía seguida por Gerald Dworkin para delimitar un área de paternalismo justificado consiste en apelar a la noción de consentimiento futuro: el paternalismo está justificado en aquellos casos en los que es plausible sostener un consentimiento futuro (*future-oriented consent*) de los destinatarios de la medida.

Gerald Dworkin parece referirse en su artículo a dos sentidos (quizás tres) de “consentimiento” bajo la misma denominación de “consentimiento orientado al futuro”: por un lado, esta expresión puede entenderse como *consentimiento futuro real* (es decir, cuando alguien convalida con su consentimiento la interferencia paternalista anterior) y, por otro, como *consentimiento hipotético*, el cual, a su vez, cabe entender como *consentimiento previsible* a partir del conocimiento del plan de vida del *sujeto B*, o como *consentimiento hipotético racional*.

A) El “consentimiento futuro” como “consentimiento futuro real”

Gerald Dworkin parece referirse al *consentimiento futuro real* cuando nos propone tomar como modelo de interferencias paternalistas justificadas el paternalismo ejercido por los padres sobre los hijos. Al hablar de este modelo de paternalismo, señala que está justificado por dos razones: primero, por la incompetencia de los hijos menores para tomar sus propias decisiones y, segundo, porque los padres hacen una especie de “apuesta” sobre lo que el hijo aceptará en el futuro como una interferencia justificada. Sin embargo, como veremos inmediatamente, nuestro autor no parece comprometerse seriamente con ninguno de los dos criterios: por un lado, a lo largo de todo su artículo queda en la oscuridad si algún tipo de incompetencia es una condición necesaria de la justificación del paternalismo y, por otro, finalmente parece identificar la noción de consentimiento futuro con algún tipo de consentimiento hipotético. En este apartado, me ocuparé de esta segunda cuestión.

Como han señalado numerosos autores, la aplicabilidad del criterio del consentimiento futuro es muy limitada si se ha de entender que la intervención paternalista está justificada sólo si el consentimiento *de hecho* se produce¹¹⁵.

Ciertamente, constituye una experiencia compartida por casi todos que al alcanzar la madurez vemos como justificadas muchas de las imposiciones de nuestros padres que durante la infancia nos parecían casi despóticas. En ocasiones, también durante la edad adulta hemos tenido la oportunidad de reconocer que cierta interferencia paternalista ejercida sobre nosotros estaba justificada. Ahora bien, ¿es teóricamente correcto afirmar que el consentimiento posterior es suficiente para justificar una interferencia (injustificada) anterior? Donald VanDeVeer ha destacado la radical diferencia que hay, tratándose de interferencias paternalistas sobre adultos competentes, entre las apelaciones al consentimiento cuando éste se ha producido realmente y el consentimiento que todavía no se ha producido (que se producirá o produciría si se dan ciertas circunstancias). Al margen de otras dificultades con la noción de consentimiento futuro, este autor sostiene que hay algo “conceptualmente incoherente” en su uso. A su juicio, quizás el “consentimiento futuro” haga referencia más bien a una posterior “aprobación” o “actitud positiva”, algo que se puede tener con respecto a interferencias que no son consentidas: por ejemplo, el hombre al que un robo le ha impedido coger un avión que se ha estrellado, puede alegrarse del robo sufrido sin que ello signifique que lo consienta *a posteriori*; o la mujer que se ha realizado con la crianza de un hijo que es consecuencia de una violación, puede experimentar sentimientos positivos sobre esa concepción forzada sin que, de nuevo, ello indique ningún grado de consentimiento, etc¹¹⁶.

En todo caso, hay al menos tres importantes razones para que el consentimiento futuro no sea utilizado como criterio para distinguir entre supuestos de paternalismo

¹¹⁵ Véase, por ejemplo: Kleinig, John: *Paternalism*, cit., p. 61; VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions*, cit., p. 66 y ss.; Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, en *Philosophy & Public Affairs* 10(1980), nº 1; Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, cit., p. 164; y Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, ed. Oxford University Press, N.Y., 1982, pp. 160 y ss. Estos últimos autores denominan a esta forma de justificar el paternalismo como “*thank-you theories*” y consideran que entre ellas se halla la de John Rawls (*op. cit.*, p. 161). Por el contrario, a favor de esta vía de justificación puede consultarse: Carter, Rosemary: “Justifying Paternalism”, en *Canadian Journal of Philosophy*, 7 (1977, March), pp. 133-145.

¹¹⁶ Véase: VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions*, cit., p. 69.

justificado e injustificado. En primer lugar, supongamos por ejemplo, como nos propone Douglas N. Husak, que unos padres obligan a su hijo a cepillarse los dientes a diario, contra las preferencias del niño que siempre quiere quedarse viendo cinco minutos más de televisión. Una mañana el niño es atropellado y muerto: ya nunca podrá producirse ese consentimiento orientado a convalidar la imposición de los padres y, en consecuencia, la intervención no se justifica. Éste es un resultado claramente inaceptable¹¹⁷.

En segundo lugar, como han destacado Jon Elster¹¹⁸, Jeffrie G. Murphy¹¹⁹ o Ernesto Garzón¹²⁰ entre otros autores¹²¹, el “consentimiento ‘posterior’ podría de alguna manera ser ‘fabricado’ por el proceso paternalista”¹²². Este problema desborda, por supuesto, el ámbito del paternalismo: en términos generales puede enunciarse diciendo que “el hecho de que alguien prefiera no abandonar un estado determinado, no es prueba de que libremente habría entrado a ese estado, a partir de todos los demás estados que estaban abiertos a él”¹²³. En particular, en cuanto a la relación entre padres e hijos, es una experiencia cotidiana que ciertos tipos de educación dan como resultado mayor dependencia de los hijos con los padres y, en consecuencia, un mayor asentimiento a las intervenciones de estos últimos por los menores; pero esto no hace mejor este tipo de educación sino más bien todo lo contrario. Por ello, Jon Elster, que interpreta que el consentimiento futuro de Gerald Dworkin se refiere al consentimiento *de hecho*, le parece inadecuado este criterio porque “virtualmente cualquier esquema educativo podría extenderse de tal manera que produjere su propia justificación *ex post facto*”¹²⁴. Pensemos en la educación sectaria que ciertos grupos religiosos dispensan a los menores

¹¹⁷ En Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, en *Philosophy & Public Affairs* 10(1980), nº 1. La misma objeción ha sido destacada por Kleinig, John: *Paternalism*, cit., p. 61.

¹¹⁸ Elster, Jon: *Ulises y las Sirenas (Estudios sobre racionalidad e irracionalidad)*, cit., pp. 83 y 84.

¹¹⁹ Murphy, Jeffrie G.: “Incompetence and Paternalism”, en *ARSP*, LX, nº 4(1974), p. 482.

¹²⁰ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, cit., p. 164.

¹²¹ Véase, igualmente: Kleinig, John: *Paternalism*, cit., p. 62; y Carter, Rosemary: “Justifying Paternalism”, cit., pp. 136-138. Esta última considera que algunos supuestos de fabricación del consentimiento posterior son tan sólo *excepciones* a la validez de esta vía de justificación.

¹²² Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, cit., p. 164.

¹²³ Elster, Jon: *Ulises y las Sirenas (Estudios sobre racionalidad e irracionalidad)*, cit., p. 83.

¹²⁴ Elster, Jon: *Ulises y las Sirenas (Estudios sobre racionalidad e irracionalidad)*, cit., pp. 83 y 84.

bajo su control; a mi juicio, hay algo de cinismo en la pretensión de que el procedimiento está justificado porque los niños cuando devienen adultos (y “libres”) no abandonan la comunidad. Otros casos claros en los que la apelación al consentimiento sobrevenido resulta moralmente inaceptable es cuando hay sospechas de que se ha producido una lobotomía, una fuerte inductinación (sería el caso límite de una educación sectaria) o la aplicación de terapias psicológicas que disminuyen o anulan la autonomía (como capacidad) de los individuos.

En tercer lugar, siguiendo con el ejemplo propuesto por Douglas N. Husak, igualmente nos parecería justificado el proceder de los padres que obligan a su hijo a cepillarse los dientes si el niño creciera siendo lo suficientemente terco y estúpido como para no reconocer el acierto de sus padres¹²⁵. Por ello, nos explica Douglas N. Husak, el criterio del consentimiento futuro debería ser modificado para que sea aceptable de la siguiente manera: “lo que justifica un caso de paternalismo de los padres es que es *razonable creer* que el niño consentirá a la interferencia”¹²⁶.

Pero si esto es así, entonces cabe pensar que la apelación al “consentimiento futuro” se explica como un recurso retórico orientado a persuadir a lectores liberales de la posibilidad de justificar casos de paternalismo, por medio de lo que Charles Stevenson llamó una *definición persuasiva*, en este caso de “consentimiento”¹²⁷.

B) El “consentimiento futuro” como “consentimiento hipotético-racional”

La conclusión del apartado anterior es que la noción de consentimiento futuro real es, por diversas razones, inaplicable como criterio para distinguir entre casos de paternalismo justificado e injustificado. En la medida en que la posición de Gerald Dworkin descansa sobre este criterio se le pueden dirigir las anteriores críticas. Sin

¹²⁵ Este mismo argumento ha sido expuesto por Bernard Gert y Charles M. Culver, en Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 161.

¹²⁶ Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, cit., p. 34.

¹²⁷ Véase: Stevenson, C. L.: *Ética y lenguaje*, ed. Paidós, Barcelona, 1984. John Kleinig o Douglas N. Husak han destacado este aspecto persuasivo para lectores y autores liberales de la apelación al consentimiento futuro, en: Kleinig, John: *Paternalism*, cit., p. 62 y Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, cit., pp. 34 y 35.

embargo, como ya se advirtió, Gerald Dworkin parece referirse principalmente a otro sentido de consentimiento.

Douglas N. Husak se ha preguntado a qué sentido de “consentimiento” se refiere Gerald Dworkin y que nos permite decir que “se ha consentido a una *interferencia*”; pues, a primera vista, parece que si hay consentimiento no hay interferencia¹²⁸. Acudiendo al Derecho de contratos, Douglas N. Husak trae la distinción entre consentimiento explícito, tácito e hipotético. A la noción de consentimiento hipotético o cuasi-contrato se recurre para, por ejemplo, capacitar “a un médico para recuperar el valor razonable del tratamiento prestado a una paciente inconsciente que a continuación se niega a pagarlo en razón de que ese consentimiento para el tratamiento no fue explícitamente otorgado ni deducible de su comportamiento”¹²⁹. Pues bien, la noción de consentimiento futuro que usa Gerald Dworkin para justificar las interferencias de los padres con los hijos menores es, en opinión de este autor, fuertemente análoga al fundamento de este cuasi-contrato, dado que en ambos casos “es razonable suponer que el consentimiento se producirá cuando la condición temporal que impide al agente consentir sea eliminada”¹³⁰.

Ahora bien, Douglas N. Husak llama la atención sobre el caso en que el paciente que ha sido intervenido mientras estaba inconsciente, al despertar manifiesta que, por pertenecer a cierta secta religiosa, hubiera rechazado el tratamiento en todo caso. En este supuesto, el Derecho sigue, no obstante, reconociendo al médico el derecho a resarcirse por el coste del tratamiento, de manera que, de nuevo a juicio de este autor, las relaciones entre el respeto por la autonomía del paciente y la permisibilidad de la intervención quedan oscurecidas. En conclusión, para Douglas N. Husak, las anteriores consideraciones muestran que:

¹²⁸ Véase: Douglas N. Husak: “Paternalism and Autonomy”, *cit.*, p. 31.

¹²⁹ Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, *cit.*, p. 34. Como vimos en el capítulo primero, Samuel von Puffendorf trató de justificar el poder paternal acudiendo a la noción de consentimiento tácito, tal y como ésta se aplica a la *negotiorum gestio* del Derecho romano, uno de los más importantes cuasi-contratos, institución jurídica del Derecho romano post-clásico.

¹³⁰ Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, *cit.*, p. 34.

“(…) ciertos casos de paternalismo están justificados a pesar del hecho de que parecen implicar violaciones de la autonomía (...) Que la autonomía moral no juega un rol importante en distinguir entre supuestos de paternalismo justificado e injustificado de acuerdo con el criterio de Dworkin modificado, se hace patente cuando se pregunta: ‘¿Cuándo es razonable creer que una persona consentiría a una interferencia?’ La única respuesta sensata a esta cuestión, aunque no particularmente iluminadora, es que es razonable creer que una persona consentiría a cualesquiera interferencias que son razonables. El punto de atención correcto, entonces, está sobre si la interferencia es razonable, no en si una persona consintiese o no”¹³¹.

Vemos que en la argumentación de Douglas N. Husak hay dos tesis principales: La primera de ellas consiste en explicar la noción de consentimiento futuro de Gerald Dworkin a través de la idea de consentimiento hipotético, según es construida en la institución jurídica de los cuasi-contratos. La segunda es que el “consentimiento hipotético” ya no es consentimiento en ninguna medida y consiste en una pura apelación a la racionalidad, donde el concepto de autonomía no juega ningún papel. Su primera tesis me parece totalmente acertada y así lo ha visto el propio Gerald Dworkin que reconsiderando sus propuestas iniciales en torno al paternalismo se refiere igualmente al “consentimiento hipotético”¹³². Sin embargo, me parece que la segunda tesis entraña un *non sequitur*: porque de la afirmación de que el criterio de consentimiento hipotético es equivalente al criterio que podría denominarse de la interferencia razonable, no se sigue que la autonomía no juegue ningún papel en la justificación del paternalismo pues esto dependerá del papel que haya de desempeñar la autonomía individual en una teoría de lo razonable.

En mi opinión, la noción de consentimiento hipotético racional puede jugar un papel en la justificación del paternalismo en el nivel más abstracto: se trataría de determinar si individuos completamente racionales aceptarían la posibilidad de ser tratados paternalistamente o si, por el contrario, rechazarían esta posibilidad aun a costa de poder dañarse a sí mismos en el caso de encontrarse en alguna situación de incompetencia. En este nivel, consideraciones sobre el peligro que para la autonomía

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism, cit.*, p. 108.

individual (entendida como la capacidad de dirigir nuestras propias vidas) puede suponer la admisión del paternalismo son pertinentes¹³³.

C) *El “consentimiento futuro” como “consentimiento previsible”*

El consentimiento hipotético también puede entenderse como el consentimiento previsible a partir del conocimiento del plan de vida del individuo tratado paternalistamente.

Donald VanDeVeer destaca la importancia de distinguir entre lo que (1) una persona racional, consciente de todas las consecuencias, escogería; (2) una persona competente, consciente de todas las circunstancias, escogería y (3) lo que de hecho el individuo escoge. En esta triple distinción (1) serviría para fundamentar el consentimiento hipotético racional y (2) para fundamentar lo que aquí he denominado consentimiento hipotético como consentimiento previsible. Como señala Donald VanDeVeer “2” sólo puede determinarse mediante datos empíricos sobre el individuo: sobre sus preferencias, valores, aversión o atracción por el riesgo, etc. En consecuencia, el terreno de lo que es razonable esperar que haga una persona y aquello que efectivamente hará pueden no coincidir, sin que ello suponga necesariamente que la persona no ha actuado autónomamente. Sobre esta apreciación, Donald VanDeVeer concluye que el consentimiento hipotético (tal y como lo plantea Gerald Dworkin) no es un criterio adecuado de delimitación entre los casos de paternalismo justificado e injustificado.

Ahora bien, Gerald Dworkin parece referirse al consentimiento hipotético *racional* y, a mi juicio, lo que cabe decir es que este consentimiento es sólo una parte de la justificación del paternalismo, puesto que cuando se trata de justificar medidas paternalistas concretas hay que introducir en el razonamiento tanto consideraciones sobre la incompetencia del sujeto afectado como sobre la previsibilidad de su consentimiento dadas sus particulares preferencias, siempre y cuando, en este último caso, sea posible conocerlas.

¹³³ En el capítulo VI desarrollaré esta idea.

En conclusión, la propuesta de Gerald Dworkin de acudir a la noción de consentimiento hipotético me parece un punto de partida fecundo para distinguir entre supuestos de paternalismo justificado y supuesto de paternalismo injustificado, pero adolecería de dos importantes defectos: Primero, no haber aclarado los dos sentidos de consentimiento hipotético que aquí se han mencionado y su correspondiente alcance en la justificación y, segundo, no haber tomado en cuenta la importancia de la constatación de la incompetencia del sujeto tratado paternalistamente. Como ha señalado también Donald VanDeVeer, la posición de Gerald Dworkin en su primer artículo es posible interpretarla de manera que permite justificar casos de paternalismo incluso sobre adultos competentes, pero que actúan de forma imprudente¹³⁴. Por ello, Donald VanDeVeer cree que el principio de consentimiento hipotético de Gerald Dworkin justifica demasiado y fracasa en el respeto debido a la autonomía individual de las personas ordinarias, generalmente competentes; una concepción, en definitiva, que no otorga el debido peso al bien de “escoger por uno mismo”¹³⁵.

6.3. Recapitulación de consideraciones críticas al primer artículo de G. Dworkin

La definición de Gerald Dworkin de paternalismo es, por un lado, demasiado estrecha al restringir todos los supuestos de paternalismo a paternalismo coactivo y, por otro lado, demasiado amplia en cuanto a la finalidad propia del paternalismo. No está analizado qué es lo que hace jurídico a un caso de paternalismo y se identifica indebidamente paternalismo jurídico y ley paternalista. Tampoco se afronta el problema más concreto de cuándo puede decirse que una ley es paternalista. No se distingue adecuadamente entre justificación paternalista y acto o norma paternalista. Finalmente, la importante noción de paternalismo impuro no queda suficientemente aclarada.

En cuanto a la propuesta de justificación, Gerald Dworkin nos ofrece una valiosa aportación al problema moral del paternalismo. Ahora bien, si el punto de partida es promisorio, el desarrollo es, quizás, insuficiente: al final parece que el mejor argumento a favor del paternalismo sea el simple hecho de la generalizada aceptación de algunas regulaciones jurídicas tan inocentes como la obligación de llevar el cinturón de

¹³⁴ VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions (The Moral Bounds on Benevolence)*, cit., p. 72.

¹³⁵ VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions (The Moral Bounds on Benevolence)*, cit., p. 73.

seguridad. Tampoco se enfrentan ejemplos más interesantes de paternalismo, aun sin salir del ámbito del paternalismo coactivo, como la prohibición del consumo de drogas, prohibición de la eutanasia voluntaria, etc. Por último, no se toma en consideración la importancia de la constatación de la incompetencia del sujeto tratado paternalistamente para justificar la interferencia.

7. Consideraciones críticas al segundo artículo de Gerald Dworkin

Este segundo artículo de Gerald Dworkin contiene en unos breves comentarios una aproximación al concepto de paternalismo diferente de la de su primer artículo. Sin embargo, esto no implica realmente una auto-crítica por parte del autor de su anterior posición, puesto que para éste la misma es básicamente adecuada si se trata del paternalismo estatal. En este segundo artículo, lo que Gerald Dworkin pretende es apuntar algo sobre el concepto de paternalismo en general.

Sucintamente la nueva propuesta conceptual se puede caracterizar de la siguiente manera:

- 1) Desaparece la coacción como único medio de la acción paternalista y se admite que cualquier método de influir a la gente puede ser usado paternalistamente.
- 2) En lugar de *interferencias en la libertad* el paternalismo parece consistir en *violaciones de la autonomía* de la persona.
- 3) Este último aspecto es el que hace de las interferencias paternalistas un problema moral.

Gerald Dworkin no añade nada sobre la finalidad del paternalismo por lo que es de suponer que sigue concibiéndolo en los términos amplios de su primera definición, es decir, promover o proteger el bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses, deseos o valores de la persona que es tratada paternalistamente.

Por supuesto, el lector presumirá que mi primera objeción a esta reconsideración del concepto de paternalismo es, precisamente, que no englobe los supuestos de paternalismo jurídico. Como ya ha quedado argumentado por extenso, restringir estos supuestos a interferencias en la libertad coactivas me parece inadecuadamente restrictivo.

Por otro lado, ahora sí aparece un aspecto del paternalismo que ha venido siendo reivindicado en los anteriores apartados: me refiero a la interferencia no con la libertad en sentido negativo de las personas sino con “el modo en que llegan a tomar sus propias decisiones”. Parece que Gerald Dworkin nos dice ahora que el paternalismo es una interferencia con la libertad negativa y/o positiva de las personas, ambas ideas englobadas en la noción más general de autonomía. La autonomía, además, es la clave del discurso moral por cuanto, desde el punto de vista liberal, cuando no se trata de evitar daños a terceros ni de asegurar la generación de bienes colectivos, las únicas interferencias plausiblemente justificables serán las que se orienten a promover la autonomía misma.

BIBLIOTECA VIRTUAL

En cuanto a la justificación, Gerald Dworkin parece encontrar mayores dificultades para justificar interferencias en la libertad paternalistas. A partir de la distinción, elaborada por Joel Feinberg, entre paternalismo blando y duro, sobre la que ya se ha tratado, expresa sus dudas de que sea posible encuadrar todos los ejemplos de paternalismo considerados dentro de la categoría de paternalismo blando. De esta manera, se asume que el paternalismo blando no plantea especiales dificultades y que la discusión interesante se desplaza, entonces, a saber si están justificados supuestos de paternalismo duro. Para llevar a cabo esta indagación Gerald Dworkin pone de nuevo en marcha el método de los ejemplos: a partir de casos de regulaciones jurídicas plausiblemente justificadas, el paternalismo duro será legítimo si ésta es la única justificación de esas regulaciones. Como vimos, nuestro autor distingue a estos efectos tres grupos de casos: casos de seguridad, aquellos que implican decisiones colectivas y los que denomina “casos de esclavitud”.

La cuestión central, a mi juicio, es cómo ha de manejarse la distinción entre paternalismo blando y duro en relación con el paternalismo. Se trata de una distinción que me parece interesante en relación con la pregunta “¿cuándo está justificado el paternalismo?”, pero resulta confusa en relación con la pregunta “¿qué ley (o, en general, qué acción) es paternalista?”. La categoría de paternalismo duro, en mi opinión, resulta auto-contradictoria como concepto de paternalismo, puesto que no tiene sentido tratar paternalistamente a un sujeto a la vez que se le reconoce la capacidad de gobernarse por sí mismo. El agente paternalista necesariamente presupone cierto grado de incompetencia

en el sujeto tratado paternalistamente: el agente cree saber más, ser más prudente, racional, etc. En consecuencia, la vía empleada por Gerald Dworkin de considerar qué particulares regulaciones paternalistas tienen como finalidad el paternalismo duro no me parece adecuada.

Lo anterior no quiere decir que la distinción no sea relevante. Por un lado, puede verse simplemente como equivalente a la distinción entre paternalismo justificado y paternalismo injustificado. Con frecuencia, en el contexto de una relación paternalista, el agente paternalista tratará como paternalismo blando lo que desde el punto de vista del sujeto tratado paternalistamente es paternalismo duro. En realidad, la distinción no sería exactamente equivalente a la de paternalismo justificado e injustificado porque habría otras causas para pretender o impugnar la justificación del acto paternalista: por ejemplo, que la acción no beneficia objetivamente al sujeto tratado paternalistamente. Por otro lado, y este es el aspecto que resulta, en mi opinión, más interesante, la distinción entre paternalismo blando y duro puede verse como una discrepancia en torno a cómo se ha de construir la categoría de competencia/incompetencia. Los defensores del paternalismo duro serían aquellos que conciben la noción de incompetencia como una propiedad que puede predicarse de la mayoría de los individuos (este paternalismo estaría implícito en la justificación platónica del gobierno de los filósofos). Por el contrario, los defensores del paternalismo blando serían aquellos que entienden que la competencia debe ser siempre la regla general y la incompetencia la excepción.

Un último punto que quisiera comentar de las reconsideraciones de nuestro autor sobre la justificación del paternalismo es el problema de cómo justificar los *casos de seguridad* sin recaer en el paternalismo duro (es decir, según mi caracterización del mismo, sin usar una noción de incompetencia excesivamente amplia). En primer lugar, discrepo con Gerald Dworkin sobre que no quepa presumir que, por ejemplo, aquellos que no se ponen el casco en la moto son incompetentes en este aspecto en particular. En segundo lugar, si lo anterior no fuera cierto y considerar incompetentes a los que no llevan casco en la moto nos convertiría en paternalistas duros, estoy de acuerdo con nuestro autor en que consideraciones relativas a los costes económicos de los accidentes o, incluso, a sus costes psíquicos para terceros no serían suficientes para justificar una obligación. Sin embargo, en tercer lugar, de nuevo discreparía con él sobre la posibilidad de admitir que este tipo de regulaciones estarían justificadas en la medida en que

constituyan una interferencia trivial en la libertad. A mi juicio, la noción de “interferencia trivial en la libertad” puede jugar un papel importante en la justificación del paternalismo, pero no puede valer por sí sola. Junto a consideraciones sobre el grado de afectación en la libertad de las personas tratadas paternalistamente, creo que siempre es necesario mostrar que éstas son, en relación con el caso, incompetentes.



CAPÍTULO III

El concepto y la justificación del paternalismo jurídico en Joel Feinberg

BIBLIOTECA VIRTUAL



1. A la búsqueda de los límites morales de la coacción estatal

Joel Feinberg estudia el problema del paternalismo jurídico en el contexto de la discusión sobre cuáles son los límites de la coacción estatal legítima desde un punto de vista liberal¹. Ésta es, a su juicio, una de las cuestiones normativas básicas de la filosofía social: “qué leyes coactivas y procedimientos serían creados por una legislatura idealmente razonable en una comunidad cuya historia, costumbres e instituciones políticas se asemejan a las nuestras”². La discusión sobre el paternalismo en el Derecho penal, afirma nuestro autor, es “genuina y difícil”³.

Los límites a la coacción estatal legítima vendrían expresados por un conjunto de principios que Joel Feinberg denomina “principios limitativos de la libertad”. Nuestro autor está convencido de que los principios más generales ni se revelan por sí mismos,

¹ Este capítulo se basa fundamentalmente en la extensa y profunda obra: *The Moral Limits of the Criminal Law* (ed. Oxford University Press, Nueva York), la cual se compone de los siguientes cuatro volúmenes: *Harm to Others* (1984), *Offense to Others* (1985), *Harm to Self* (1986) y *Harmless-Wrongdoing* (1990). Joel Feinberg aclara que la cuestión básica de esta obra es “¿qué tipos de conducta pueden ser convertidas en delito correctamente por el Estado?” (*Harm to Others*, p. 3). Igualmente, merece destacarse el artículo de Joel Feinberg: “Legal Paternalism”, en *Canadian Journal of Philosophy* 1, nº1 (1971), pp. 106-24; reeditado en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit., pp. 3-18 (obra por la que se cita).

² Feinberg, Joel: *Social Philosophy*, ed. Prentice-Hall, New Jersey, 1973, p. 2. Esta misma idea se expresa en *Harm to Others*, cit., p. 4. Joel Feinberg insiste en que los principios que trata de fundamentar operan como límites morales para el legislador, por lo que quedan abiertas todavía muchas cuestiones antes de convertir cierta conducta particular en un delito; dentro de estos límites, el legislador debe llevar a cabo diversos análisis del tipo coste-beneficios orientados por la utilidad social y debe operar con sabiduría en cuestiones prácticas. Por otro lado, Joel Feinberg explica que concibe los principios limitativos de la libertad como dirigidos a una legislatura ideal y no a un Tribunal Constitucional ideal porque asume desde el principio que “(1) algunas leyes constitucionalmente permitidas podrían no estar moralmente legitimadas, y sin embargo no son menos válidas legalmente por ello, y (2) algunas leyes moralmente permisibles o requeridas podrían no ser constitucionales” en *Harm to Others*, cit., p. 5.

³ Feinberg, Joel: “paternalism”, en *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. Macmillan, Nueva York, 1996, pp. 731-733.

espontáneamente, ni se deducen de otros principios auto-evidentes⁴, por lo que el *único camino* para llegar a ellos es:

“comenzar con aquellos juicios y actitudes singulares sobre problemas sociales particulares que nos inspiran más confianza y tratar de extraer sus fundamentos implícitos. Aplicamos, entonces, tentativamente estos principios a los casos límite que nos producen perplejidad; revisando los principios generales cuando sea necesario para acomodar el juicio específico y modificando la actitud particular cuando sea requerido por un principio general bien comprobado o profundamente afianzado; teniendo siempre como objetivo el ideal de una coherencia personal e interpersonal comprensiva en la que juicios singulares y principios generales permanezcan en un “equilibrio reflexivo”⁵.

A su juicio, el liberalismo político se caracterizaría precisamente por sostener que *sólo* los principios de daño⁶ y ofensa⁷ proveen de buenas y relevantes razones para la coacción estatal ejercida por medio del derecho penal. El rechazo del *paternalismo* y del *moralismo jurídico* como principios limitativos de la libertad constituiría la parte negativa de la tesis liberal. Sobre la validez de esta parte negativa es, precisamente, donde con más énfasis, y más frecuentemente, se han enfrentado los defensores y opositores del liberalismo⁸.

⁴ Feinberg, Joel: *Social Philosophy*, cit., p. 3. Sobre el método ético basado en principios, véase igualmente las páginas 33 a 35.

⁵ Feinberg, Joel: *Social Philosophy*, cit., p. 3.

⁶ Según Joel Feinberg, el principio de daño sostiene que “siempre es una buena razón en apoyo de una legislación penal que ésta sería eficaz en prevenir (eliminar, reducir) daños a personas diferentes del actor (al que se le prohíbe actuar) y no hay otro medio que sea igualmente eficaz con un coste no mayor a otros valores”. Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Others (The Moral Limits of the Criminal Law)*, cit., p. 10 y ss.

⁷ Según Joel Feinberg, el principio de ofensa sostiene que “siempre es una buena razón en apoyo de una propuesta de prohibición criminal que es necesaria para prevenir ofensas serias a personas diferentes del actor y sería un medio eficaz para este fin si se promulgará”. Véase: Feinberg, Joel: *Offense to Others (The Moral Limits of the Criminal Law)*, cit., p. Xiii. La idea de necesidad aquí debe entenderse en el sentido del último inciso del principio de daño: es decir, que “no hay otro medio que sea igualmente eficaz con un coste no mayor a otros valores”.

⁸ Esta posición liberal de Joel Feinberg es más moderada que el “liberalismo radical” de John S. Mill, que sostendría que el *único* principio válido limitativo de la libertad es el principio de daños a otros. Joel Feinberg admite a las “ofensas” como razones para una prohibición criminal, a pesar de que no las considera daños. Véase: Duff, R. A.: “Harms and Wrongs”, en *Buffalo Criminal Law Review*, 5(2001), (*Symposium The Moral Limits of the Criminal Law*) e, igualmente, Larry, Alexander: “Harm, Offense and Morality”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, July(1994), quien califica la posición de Joel Feinberg como de “liberalismo moderado”.

2. El principio limitativo de la libertad paternalista

El principio del paternalismo jurídico, explica Joel Feinberg, “justifica la coacción estatal para proteger a los individuos del daño auto-infligido o, en su versión extrema, para guiarlos, les guste o no, hacia su propio bien”⁹. Nuestro autor distingue dos versiones del paternalismo jurídico: uno, cuya finalidad es *evitar daños* y, otro, que denomina “paternalismo extremo” o “paternalismo promotor de beneficios”, cuya finalidad es *beneficiar*. No obstante, en la tabla de definiciones de los principios limitativos de la libertad, propuesta por Joel Feinberg, el *principio de paternalismo jurídico*, a secas, se refiere exclusivamente al paternalismo orientado a *evitar daños auto-infligidos*, ya sean daños producidos directamente por el agente contra sí mismo o daños producidos por la acción de otras personas, pero con el consentimiento o a requerimiento del afectado¹⁰.

Como principio del Derecho penal el paternalismo podría, a su juicio, enunciarse de la siguiente manera:

*“Siempre es una buena y relevante razón (aunque no necesariamente decisiva) en apoyo de una prohibición penal que ésta evitará un daño (físico, psíquico o económico) al destinatario mismo de la prohibición”*¹¹.

Joel Feinberg lamenta que este principio tenga que soportar la poco afortunada etiqueta de “paternalista”, aunque reconoce que el término ya ha devenido estándar y por ello es desaconsejable no utilizarlo. Los problemas del término son, en primer lugar, su carácter fuertemente peyorativo y, en segundo lugar, su carácter equívoco, pues se usa el mismo término “paternalismo” para referirse a cosas diferentes. Sobre la carga emotiva desfavorable del término volveremos más adelante. A continuación se tratará sobre sus diferentes sentidos.

3. Dos familias de significado del término “paternalismo”

⁹ Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, cit., p. 3.

¹⁰ Véase: Feinberg, Joel: *Offense to Others (The Moral Limits of the Criminal Law)*, cit., p. Xiii.

¹¹ Feinberg, Joel, *Harm to Self*, cit., p. 6.

Joel Feinberg sostiene que teniendo en cuenta los diferentes usos del término, se constata la existencia de dos familias de significado de “paternalismo”:

- “1- *Paternalismo presumiblemente censurable*, que consiste en tratar a adultos como si fueran niños, o a niños mayores como si fueran pequeños, obligándoles a actuar o a abstenerse de actuar de ciertas maneras, y a sea:
- a) (*paternalismo benevolente*) “por su propio bien”, cualesquiera que sean sus deseos en el asunto, o:
 - b) (*paternalismo no benevolente*) “por el bien de otros” (por ejemplo, profesores o jefes de fábrica), cualquiera que sean sus deseos en el asunto.
- 2- *Paternalismo presumiblemente no censurable*, que consiste en defender a personas relativamente desamparadas o vulnerables de daños externos, incluyendo daños provenientes de *otras* personas cuando la parte protegida no ha consentido voluntariamente al riesgo, y haciendo esto en una manera análoga en su motivación y vigilancia a la de los padres protegiendo a sus hijos”¹².

Joel Feinberg señala que lo que le interesa es la noción y posible justificación del paternalismo tipo *I.a.* Sobre el paternalismo *I.b.*, explica que está caracterizado frente a otros actos no benevolentes tan sólo por la forma en que se trata a las personas: “como si fueran niños”. Joel Feinberg aclara esta fórmula bastante imprecisa diciendo que el trato dispensado debe parecer “arbitrario, innecesario y expresivo de falta del respeto que normalmente se debe a los adultos”¹³.

El paternalismo 2, explica Joel Feinberg, puede ilustrarse con la doctrina del derecho angloamericano de *parens patrie*; es decir, el derecho del Estado a tomar decisiones por una persona cuando ésta no puede hacerlo por sí misma; “para cuidar los intereses de aquellos que son incapaces de protegerse por sí mismos”¹⁴. Joel Feinberg explica que aunque este poder del Estado incluye presumiblemente la protección de los incompetentes frente a sí mismos, ésta no es la forma más característica en que se ejerce: “más típicamente –dice Joel Feinberg- el Estado invoca la doctrina de *parens patrie* para proteger a personas desvalidas frente a los daños producidos por otras personas y frente a otros peligros externos”¹⁵. Además, Joel Feinberg sugiere otro criterio de distinción entre

¹² Feinberg, Joel, *Harm to Self*, cit., p. 5.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Feinberg, Joel, *Harm to Self*, cit., p. 6.

¹⁵ *Ibidem*.

este paternalismo 2, presumiblemente justificado, y el *I.a.*, presumiblemente injustificado: los “desvalidos” que protege el principio de *parens patrie* son “aquellos que o libremente deciden recibir la ayuda brindada, o ya no son capaces de elegir nada libremente”¹⁶, mientras que el principio paternalista en discusión consiste en una ayuda gubernamental impuesta “sobre personas no voluntarias que son todavía bastante capaces de decidir por sí mismas”¹⁷.

Joel Feinberg pretende que se distinga claramente entre estos tres sentidos de “paternalismo” y reserva el término para referirse exclusivamente a *I.a.*

4. El problema que plantea el paternalismo

Joel Feinberg, como la mayoría de autores, plantea el problema del paternalismo en la forma de un dilema. Si se acepta el principio paternalista, que constituiría el primer cuerno del dilema, parece que se han de asumir, al menos, tres consecuencias difíciles de aceptar: Primera, habría que admitir que con frecuencia el Estado conoce los intereses de los individuos mejor que los propios individuos. Segunda, la práctica del paternalismo podría desembocar en la atrofia de la capacidad de los individuos para dirigir sus vidas; tratando a los adultos como niños se consigue que, a la larga, sean más niños y menos adultos. Tercera, y última, una vez que se ha comenzado a prohibir ciertas actividades que implican un daño o que conllevan riesgos de daño, es difícil detenerse en un punto determinado y no caer en una pendiente resbaladiza que nos conduzca a un Estado totalitario, donde no quepa un espacio de libertad negativa para los individuos.

Si se rechaza el principio paternalista, el segundo cuerno del dilema, entonces nos veríamos compelidos a rechazar toda una serie de regulaciones que parecen estar avaladas por el sentido común y que constituyen una larga tradición jurídica. Joel Feinberg señala algunos casos centrales de estas regulaciones: en el Derecho penal, el consentimiento de la víctima no puede alegarse como una justificación válida en delitos de lesiones u homicidio; en derecho de contratos, no se reconoce validez a la venta de uno mismo como esclavo, al concubinato o a la bigamia; los ciudadanos pueden

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

justificadamente ejercer cierta fuerza sobre otros para impedir que se auto-mutilen o se suiciden; la adquisición de ciertas drogas está prohibida sin prescripción médica o en todo caso, etc.¹⁸.

5. Tipos de paternalismo

5.1. Paternalismo coactivo y no coactivo, público y privado

Joel Feinberg denomina “paternalismo jurídico” a este paternalismo *I.a*, que se sitúa entre lo claramente justificado y lo claramente injustificado, cuando adopta la forma de una prohibición (u obligación) penal. No obstante, este autor admite la existencia de paternalismo no coactivo, tanto en el derecho como en otros contextos. A su juicio, quizás lo único que tengan en común todos los actos y regulaciones que son llamados paternalistas sea

“que el tratamiento [...] dado a ciertas personas es justificado en términos de su propio bien, sea lo que sea lo que ellos mismos puedan pensar sobre el asunto [...] y, como Gert y Culver han señalado, el comportamiento o la norma es de un tipo –mentir, amenazar coactivamente- que normalmente *requiere* justificación”¹⁹.

En cuanto al derecho, explica Joel Feinberg que lo que tienen en común las leyes paternalistas coactivas, que amenazan con castigos, por un lado, y otros tipos de leyes y políticas paternalistas es que “todas restringen las libertades o poderes de las personas; en el caso del derecho penal por la directa amenaza de castigo, en los ejemplos no penales por otros medios, algunas veces incluyendo el castigo como una sanción de respaldo (*back-up sanction*), y pretenden hacer esto por ‘el bien’ de -o más comúnmente para evitar daños a- las mismas personas cuya libertad es restringida”²⁰.

¹⁸ Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism*, cit., p. 4.

¹⁹ Feinberg, Joel, *Harm to Self*, cit., p.7. Sobre el concepto de paternalismo de Bernard Gert y Charles M. Culver, véase el capítulo V de esta tesis.

²⁰ Feinberg, Joel, *Harm to Self*, cit., p. 16.

5.2. Paternalismo directo e indirecto

Ya se ha señalado en diversas ocasiones que el núcleo de la idea de paternalismo jurídico de Joel Feinberg reside en la noción de “evitar daños auto-infligidos”. Ahora bien, junto a estos daños *auto-infligidos*, se dan daños que son infligidos por otros con el consentimiento o a requerimiento del sujeto dañado. Estos últimos no se incluyen en el contenido del principio de daños a terceros, porque este principio debe entenderse mediado por la máxima *volenti non fit injuria*; pero suelen incluirse en el contenido del principio paternalista²¹.

De esta distinción se deriva que hay normas paternalistas que se aplican a casos en los que interviene sólo una parte (por ejemplo, la prohibición del suicidio) y normas paternalistas que se aplican a casos en los que intervienen dos partes (por ejemplo, la prohibición de auxilio al suicidio). A este respecto, dice Joel Feinberg:

“Los casos de dos partes son paternalistas cuando el requerimiento (o consentimiento) de una de las partes a la acción de la segunda parte no da licencia a esta segunda parte para hacer lo que la primera parte quiere (o es voluntario) que se haga. Si, no obstante, la segunda parte lleva adelante el acuerdo, entonces se ha violado la ley y será castigada. El Derecho impide a la primera parte que se haga lo que desea y, en este sentido, interfiere con su libertad en razón de que conoce mejor lo que es por su propio bien. Por esta razón el derecho es paternalista hacia la primera parte aun cuando establece que el crimen es cometido por la segunda parte”²².

A este tipo de intervenciones paternalistas las denomina Joel Feinberg de “paternalismo indirecto” por contraposición al “paternalismo directo”. Como se vio más arriba, esta distinción se corresponde a la que Gerald Dworkin realiza entre paternalismo puro e impuro²³.

²¹ Véase sobre esta distinción: Feinberg, Joel: “Legal paternalism”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, cit., p. 6; y Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 99.

²² Feinberg, Joel, *Harm to Self*, cit., p. 9.

²³ Estos delitos de dos partes son llamados por la dogmática penal “delitos de participación necesaria”: “cuando un tipo –dice Jescheck– se halla de tal forma concebido que para su realización resulta necesaria conceptualmente la intervención de más de una persona”, en Jescheck, H. H.: *Tratado de Derecho penal. Parte general.*, 3ª edición, ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 968.

Joel Feinberg advierte que las dos distinciones: paternalismo directo (o puro) y paternalismo indirecto (o impuro), por un lado, y los casos de una sola parte y de dos partes, por otro lado, se superponen pero no coinciden. En la mayoría de los sistemas jurídicos los casos de dos partes son tratados de una manera indirectamente paternalista, pero lógicamente cabe tratarlos como casos de paternalismo directo: por ejemplo, es concebible una ley que prohíba la compra de drogas al objeto de evitar al comprador los daños derivados del consumo. Igualmente, pueden concebirse casos de dos partes que sean tratados de una manera directa e indirectamente paternalista: por ejemplo, una norma que sancione tanto a la prostituta que presta su servicio como al cliente que lo requiere, con la finalidad de evitar daños de cierto tipo al cliente.

Tanto los casos de una sola parte como los de dos partes se dividen en dos grandes categorías: actos que dañan directamente al sujeto y actividades que entrañan altos riesgos de daño. En cuanto a los casos de una sola parte, en la primera categoría se encuentran los actos de auto-destrucción (suicidio) y auto-mutilación, y en la segunda, mucho más usual, se encuentran, por ejemplo, los deportes de riesgo, las temeridades, el consumo privado de drogas potencialmente dañosas o la conducción de motocicletas sin el casco de seguridad²⁴. En cuanto a los casos de dos partes, en la primera categoría se encuentra el auxilio al suicidio o las lesiones con consentimiento y, en la segunda categoría, se pueden citar los mismos ejemplos que para los casos de una sola parte pero cuando aparece un colaborador, vendedor, proveedor, etc²⁵. La mayoría de los delitos plausiblemente paternalistas que es frecuente encontrar en los códigos penales de los países occidentales son casos de dos partes (y, generalmente, de paternalismo indirecto): por ejemplo, además de los ya mencionados, la eutanasia, la mutilación quirúrgica consentida, el juego, la venta de drogas, la usura, la bigamia y la prostitución.

5.3. Paternalismo duro (o fuerte) y paternalismo blando (o débil)

En relación con la voluntariedad de la acción del sujeto *B* en los casos de una sola parte o de la voluntariedad de su consentimiento en los casos de dos partes, Joel Feinberg construye la distinción entre paternalismo duro y blando. El “paternalismo duro”, explica

²⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p.144.

²⁵ *Ibidem*.

Joel Feinberg, “aceptará como una razón para la legislación criminal que es necesaria para proteger a adultos competentes, contra su voluntad, de las consecuencias dañosas de sus elecciones y empresas, aunque sean plenamente voluntarias”²⁶. Por el contrario, el “paternalismo blando”

“sostiene que el Estado tiene derecho a prevenir la conducta dañosa auto-referente (en esta medida *parece* “paternalista”) si y solo si esa conducta es sustancialmente no voluntaria, o cuando una intervención temporal sea necesaria para establecer si es voluntaria o no. En los casos de dos partes, el paternalismo blando permitiría a B alcanzar un acuerdo con A, que es peligroso o dañoso a los intereses de B, pero si y sólo si el consentimiento de B es voluntario. En la medida en que el consentimiento de B no sea plenamente voluntario, el Derecho puede intervenir justificadamente ‘por su bien’. La frase ‘por su bien’ suena paternalista, pero el paternalismo blando destaca que la preocupación del Derecho no debe ser con la sabiduría, prudencia o peligrosidad de la elección de B, sino más bien si la elección es o no verdaderamente suya. Su preocupación debe ser ayudar a implementar la opción real de B, no proteger a B del daño como tal”²⁷.

Joel Feinberg se pregunta sobre el estatus del principio de paternalismo blando: ¿es un principio independiente? ¿Debe ser considerado una especie de paternalismo o un principio antipaternalista? ¿Debe ser considerado una versión del principio de daño?²⁸ En su opinión, es importante distinguir a este respecto entre los casos de una sola parte y los casos de dos partes. En los primeros, el principio de paternalismo blando no es reducible al principio de daño porque, en definitiva, la conducta no voluntaria y dañosa para el propio sujeto sigue siendo su *propia* conducta y sería impropio tratar de aplicar el principio de daño a estos casos (que requiere de la existencia de otro individuo). Sin embargo, en los casos de dos partes, cuando el consentimiento de la primera parte no es libre e informado, los principios de daño y paternalismo blando se aplican de forma idéntica. A este respecto, no hay que olvidar que el principio de daño a terceros está mediado en su aplicación por la máxima *volenti non fit injuria*. De acuerdo con la misma, el Estado puede legítimamente intervenir por medio del Derecho penal tan sólo para evitar aquellos daños que provienen de acciones a las que el sujeto dañado no ha

²⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p.12.

²⁷ *Ibidem*. Sobre esta distinción, véase igualmente: Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit., p. 17.

²⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 12 y 13.

consentido²⁹. El principio de daño nos protege de daños de terceros a los que no hemos consentido y el principio de paternalismo blando nos protege de daños de terceros a los que no hemos consentido *válidamente*. Pero incluso con respecto a los primeros (los casos de una sola parte), Joel Feinberg sostiene que “es severamente confuso considerarlo como cualquier tipo de paternalismo”³⁰. A pesar de esto, reconoce que dado que la etiqueta de “paternalismo blando” (o débil) ha devenido estándar debe utilizarse.

Este principio liberal (en la concepción de Joel Feinberg) de paternalismo blando no es, aplicado a los casos de una sola parte, un principio limitativo de la libertad que justifique la imposición de prohibiciones penales. En cuanto al Derecho penal, explica Joel Feinberg, es una especie de principio negativo para el legislador según el cual ciertas interferencias públicas o privadas con la libertad de los individuos no deben ser impedidas: por ejemplo, interferir con un suicida aparentemente demente no debe ser delito³¹. Por otro lado, la necesidad de evitar daños involuntariamente auto-infligidos a las personas es una buena razón para interferencias no punitivas con la libertad: por ejemplo, invalidar contratos, internamientos civiles, etc. La tesis de Joel Feinberg es, en definitiva, que “nunca es una razón moralmente válida para dictar una ley amenazar con sanciones penales a la persona que se pone ella misma en peligro de forma no voluntaria”³².

Finalmente, el paternalismo blando (o débil) puede ser interpretado estrictamente como una negación del “paternalismo jurídico”: “el principio –explica Joel Feinberg- que legitima interferir con las elecciones completamente voluntarias, auto-referentes, de personas adultas competentes”³³. Joel Feinberg señala que preferiría, en consecuencia, la terminología de “(anti)paternalismo blando” para referirse al principio de paternalismo blando: “entonces, -explica- como ‘(anti)paternalistas blandos’, nunca hablaríamos, como

²⁹ Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit., pp. 4 y 5.

³⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 14.

³¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 15.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

muchos escritores hacen, de ‘paternalismo justificado’, porque identificaríamos ‘paternalismo’ con ‘paternalismo duro’”³⁴.

6. ¿Qué es lo que hace paternalista a una norma?

Joel Feinberg trata con detenimiento los criterios que son adecuados para calificar a una ley en concreto como paternalista, es decir, cuándo es correcto decir que el paternalismo es la *razón real* de una ley (que restringe las libertades o poderes de las personas).

Esta cuestión tiene importantes consecuencias en el contexto de la justificación del paternalismo: dado que, como se dijo anteriormente, el mejor argumento para el paternalista consiste en señalar que todo un conjunto de regulaciones generalmente consideradas justificadas es paternalista, el mejor contra-argumento del anti-paternalista es señalar que tales regulaciones sí están justificadas pero no son paternalistas³⁵.

En cuanto a qué constituye la “verdadera razón” de una ley, de acuerdo con nuestro autor, cabría distinguir entre las razones conscientes, las motivaciones profundas, los fundamentos implícitos y la justificación verdadera de la ley³⁶. Las *razones conscientes* de quienes votaron a favor de una ley o sus *motivaciones profundas*, las cuales pueden discrepar de las primeras, no parecen buenas candidatas para individualizar la “verdadera razón” de la ley. A juicio de Joel Feinberg, se trataría de determinar el fundamento implícito (*implicit rationale*) de la ley como algo diferente de su justificación. Este autor explica la distinción de la siguiente manera:

“¿Qué es “la verdadera razón” de la ley? Algunas veces podemos construir un fundamento implícito para la ley que no coincide necesariamente con la razón real o la motivación profunda de nadie para apoyarla, pero que de todas formas le proporciona convincentemente una reconstrucción racional coherente. -Así es como la ley funciona de hecho en nuestra sociedad; así es el trabajo que tácitamente se entiende que hace; esto es para lo que sirve

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Una crítica del paternalismo fuertemente basada en esta idea puede verse en: Ameson, Richard J.: “Mill versus paternalism”, en *Ethics*, vol. 90, n° 4, (July, 1980), pp. 470-489.

³⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, *cit.*, p. 16.

según la gente-. Si el fundamento implícito de la ley coincide o no con los factores que verdaderamente la legitiman o justifican es una cuestión abierta, dependiendo de la ley”³⁷.

Esta determinación de la “razón real” de la ley puede verse dificultada porque en un caso particular se dé simultáneamente una combinación de razones (algunas paternalistas y otras no) que explican la ley, o porque se han ofrecido a lo largo del tiempo razones alternativas a la ley (algunas paternalistas y otras no). De lo que se trata, entonces, es de determinar cuál es la interpretación correcta del fundamento de la ley atendiendo a cómo funciona de hecho en el sistema jurídico.

Aplicando este criterio, Joel Feinberg discrepa con Gerald Dworkin sobre el carácter paternalista de, al menos, las siguientes regulaciones (en Estados Unidos y –dice nuestro autor- seguramente en la mayoría de las naciones occidentales):

a) *La prohibición de la práctica de la homosexualidad entre adultos en privado*: Los defensores de esta prohibición no muestran preocupación por el bienestar de los adultos a los que se dirige: por un lado, hay quienes consideran que la mera representación mental de que otros realizan esos actos “contra la naturaleza” es tan repugnante como para considerarlos una ofensa penal; por otro lado, hay quienes consideran que, con independencia de si estas prácticas son ofensivas o no, se trata de un comportamiento pecaminoso o profundamente inmoral que, por esta razón, debe ser prohibido. En general, señala Joel Feinberg, cuando la pena por violar una ley es mucho más severa que el daño que supone el delito para el que delinque, es difícil explicar la norma como expresión de solícita protección hacia los posibles infractores³⁸; de aquí se deriva que es difícil considerar a algunas de las leyes penales anti-droga como supuestos de paternalismo puro, porque, si así fuera, deberían disponer penas mucho más leves de las que suelen tener (Joel Feinberg menciona las penas que se han impuesto en Estados Unidos por posesión o venta de marihuana de ¡veinte, treinta y hasta cuarenta años de prisión!³⁹).

³⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 17.

³⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 17.

³⁹ Véase: Hellman, Arthur D.: *Laws Against Marijuana: The Price We Pay*, ed. University Illinois Press, 1975.

b) *Las leyes que obligan a la gente a dedicar una parte de sus ingresos a asegurarse una pensión de jubilación (Seguridad social)*: En este supuesto sí que parece haber, a juicio de nuestro autor, un fundamento paternalista: la contribución a las pensiones es prudente y, a la vez, obligatoria. Sin embargo, Joel Feinberg sugiere que puede ser otra la razón de estas leyes: el derecho se orientaría menos a obligar a los que no quieren contribuir, que a hacer posible a la vasta mayoría hacer lo que quieren hacer (asegurar sus pensiones de jubilación) y que no pueden hacerlo eficientemente de otra manera (dadas ciertas asunciones económicas sobre la inviabilidad de un sistema de pensiones puramente privado); en definitiva, la compulsión contra los que no quieren contribuir, más que por su propio bien es por el bien de la mayoría interesada en las pensiones⁴⁰.

BIBLIOTECA VIRTUAL

c) *La prohibición de los duelos*: Joel Feinberg señala que, a pesar de que hay quien podría atribuirle un fundamento paternalista a esta prohibición (por ejemplo, Gerald Dworkin), esa reconstrucción no casa bien con los hechos: la mayoría de nosotros estamos muy de acuerdo con la erradicación de esta forma de defender el honor y, es de suponer, que nuestros antepasados también acogieron con agrado la prohibición. Nuestro autor concluye, siguiendo a Richard J. Arneson, que la prohibición legal de los duelos no es paternalista, “porque no está siendo restringida la libertad de nadie contra su voluntad”⁴¹.

Lo anterior no implica, explica Joel Feinberg, que las leyes no sean paternalistas en relación con la mayoría que las acepta y sí lo son en relación con la minoría recalcitrante. Para el legislador es indiferente si el destinatario de la norma se opone o acepta, pues en virtud de la generalidad de la ley ésta se aplicará a ambos. De nuevo, señala nuestro autor, el criterio para calificar a una ley de paternalista está en su “fundamento implícito” (la consideración de su rol, función y motivación que son más coherentes con los hechos conocidos):

⁴⁰ Esta es la opinión de John S. Mill, para quien tales medidas son “requeridas no para dejar a un lado el juicio de los propios individuos respecto de sus propios intereses, sino para dar efecto a tal juicio, siendo incapaces de darle efecto excepto por convenio, el cual convenio a su vez no podrá tener efecto a menos que reciba validez y sanción por el derecho”, en *Principles of Political Economy*, New York, 1900, p. 442. La cita está recogida de Dworkin, Gerald: “Paternalism”, *cit.*, p. 23.

⁴¹ Arneson, Richard J.: “Mill versus paternalism”, *cit.*, p. 471.

“Cuando la mayoría de la gente sujeta a una norma coercitiva aprueba la norma, y es legislada (interpretada, aplicada por los tribunales, defendida en discusiones, comprendida como función) por su propio bien, y no por el propósito de imponer seguridad y prudencia sobre la minoría involuntaria (“contra su voluntad”), entonces el fundamento de la ley no es paternalista”⁴².

Estas consideraciones llevan a Joel Feinberg a negar igualmente el carácter paternalista a las *leyes de protección al consumo*, que se fundamentan, a su juicio, en el principio de daño: por ejemplo, la obligación de incluir etiquetas en los productos informando de sus características trataría de evitar que los productores dañen a los consumidores. El objetivo de estas leyes es, igual que en los anteriores casos (dejando fuera los delitos relacionados con la sexualidad), proveer a la mayoría de los medios para asegurar sus objetivos y no “imponer prudencia sobre la minoría involuntaria”⁴³.

7. Presupuestos conceptuales

La caracterización del paternalismo, propuesta por Joel Feinberg, como un principio limitativo de la libertad descansa fundamentalmente sobre los dos siguientes presupuestos conceptuales: (1) la existencia de actos auto-referentes y (2) el concepto de daño. El presupuesto (1) es necesario para distinguir adecuadamente entre el principio paternalista y el principio de daños a terceros. El presupuesto (2), además de aclarar cuál es el contenido del principio paternalista de acuerdo con Joel Feinberg, permite distinguirlos de alguna versión moralista del mismo (construidas a partir de la noción de daño moral).

7.1. La existencia de actos auto-referentes

La idea de acto auto-referente se refiere a la parte de mi conducta que me afecta sólo a mí mismo y no a los demás. En el marco de la discusión sobre el paternalismo, se trata sobre todo de aclarar la noción de un daño auto-infligido que no es además un daño para el bien público o para terceros.

⁴² Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit. p. 20.

⁴³ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit. p. 21.

Es razonable preguntarse si realmente existen actos dañosos y puramente privados, porque puede ser que tanto el interés público como el interés de terceros siempre se vea afectado, aunque sea en una medida muy pequeña, cuando un sujeto se daña a sí mismo (por ejemplo, si alguien se suicida deja de prestar servicios a la comunidad y, como mínimo, provocará tristeza y desánimo en sus amigos). Además, cuando son muchos los que realizan la misma conducta dañosa, los daños auto-infligidos pueden constituir un inconveniente muy grande (por ejemplo, los gastos derivados de las enfermedades producidas por el consumo de tabaco). Dado que, en principio, los actos dañosos al interés público podrían ser prevenidos con justificación en el principio de daño, nos encontramos con que al negarse la posibilidad de la existencia de genuinos actos auto-referentes se le resta toda relevancia práctica a la discusión sobre la validez del principio paternalista: no se prohíben determinados actos porque sean dañosos para el propio individuo, sino porque son dañosos para los otros. Por ello, advierte Joel Feinberg, un presupuesto de la discusión sobre el paternalismo es que

“siempre que un individuo se lesiona deliberadamente a sí mismo o asume un alto riesgo de hacerlo no se produce necesariamente un daño público en un grado suficiente como para aplicar el principio de daño (...) Podemos asumir, en consecuencia, que al menos en algunas sociedades y en ciertas épocas, una línea puede ser trazada (como Mill pretendía que se podía en la Inglaterra victoriana) entre el comportamiento hetero-referente y la conducta que es primaria y directamente auto-referente y sólo indirecta y remotamente, luego trivialmente, hetero-referente. Si esta suposición es falsa, entonces no hay ningún problema interesante respecto del paternalismo jurídico, y ciertamente ningún problema práctico legislativo, porque toda restricción ‘paternalista’, en ese caso, podría justificarse como orientada a proteger a otras personas (distintas a las que se dirige la restricción) y, en consecuencia, no sería (totalmente) paternalista”⁴⁴.

Hay que advertir que la localización de la línea que separa la conducta auto-referente de la hetero-referente es, a juicio de Joel Feinberg, relativa a la concreta situación de la sociedad. El ámbito de la conducta auto-referente puede verse notablemente reducido o incluso eliminado si las circunstancias sociales son, por ejemplo, las de una guarnición repeliendo un ataque. En estas circunstancias, la retirada de un solo hombre a sus propios asuntos daña al conjunto. Igualmente, una sociedad que no padece una agresión externa también puede verse amenazada si el número de

⁴⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit. p. 22.

ciudadanos que, por ejemplo, deciden suicidarse o vivir fumando opio es demasiado elevado. Cuanto más cerca esté una sociedad, explica Joel Feinberg, del “umbral de la guarnición”, mayores oportunidades habrá para aplicar el principio de daño y más irrelevante será el principio paternalista.

7.2. El concepto de daño

7.2.1. Diversos sentidos de daño

El concepto de daño de Joel Feinberg es básico para comprender su respuesta a la pregunta de qué conductas puede el Estado legítimamente criminalizar e, igualmente, es la base de la distinción conceptual entre los diferentes principios limitativos de la libertad.

Sostiene Joel Feinberg que el término daño (*estado dañado o condición dañada*) tiene tres sentidos principales⁴⁵. En primer lugar, se usa “daño” en un sentido derivado o extendido, como cuando se dice que la ventana ha sido dañada o, en general, siempre que se habla de daño a las cosas. En todos estos casos, de una forma elíptica, lo que se quiere expresar es que el dueño de la cosa (o quien pudiera tener interés en ella) ha sido dañado. En este contexto, parece que se usa con mayor propiedad el término “daño” cuando nos referimos al estado o la condición de cosas complejas que desarrollan cierta función y con partes diferenciadas también funcionalmente: por ejemplo, cuando se dice que un motor está dañado.

En segundo lugar, en su sentido genuino, *daño* significa la frustración (*setting back*) de un interés⁴⁶. En esta definición, el término “interés” se usa en el sentido en que se dice que “una persona tiene un interés en una compañía cuando es propietario de algunas de sus acciones”⁴⁷. Quien tiene un interés en algo, entonces apuesta por ese algo. En este sentido, los intereses son un tipo de riesgo. “En general, -dice Joel Feinberg- una persona apuesta por X (ya sea X una compañía, una carrera o algún tipo de “resultado” o

⁴⁵ Todo este apartado es un resumen del concepto de daño que Feinberg expone en el capítulo primero de su obra *Harm to Others*, cit., p. 31 y ss.

⁴⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., p. 33.

⁴⁷ *Ibidem*.

acontecimiento) cuando acepta ganar o perder dependiendo de la naturaleza o condición de X ⁴⁸. Los intereses (en plural) de un sujeto se componen de todas las cosas sobre las que el sujeto tiene una apuesta, mientras que el interés (en singular) de un sujeto reside en avanzar armoniosamente todos sus intereses en plural⁴⁹. Nuestros intereses, o las cosas sobre las que tenemos un interés, son “componentes distinguibles del bienestar de una persona”⁵⁰. El Derecho está principalmente dirigido a evitar aquellos daños que son originados por la acción de otros individuos o por el propio sujeto dañado, aunque nuestros intereses puedan ser dañados, y con frecuencia lo son, por la mala suerte, la enfermedad o las catástrofes naturales.

En tercer lugar, se usa “daño” en un sentido normativo (el término usado por Joel Feinberg es *wrong*, que traduciré como “agravio”)⁵¹. “Una persona agravia a otra – explica Joel Feinberg- cuando su indefensible (injustificable e inexcusable) conducta viola los derechos de otro y, salvo ciertos casos muy especiales, tal conducta invadirá también los intereses de otro y así será dañosa en el sentido ya explicado”⁵². Dado que continua e inevitablemente los individuos se dañan unos a otros, el Derecho debe seleccionar de entre los diferentes intereses aquellos que son dignos de protección jurídica y cuya frustración constituye, en consecuencia, un agravio.

7.2.2. “Daño” como “la frustración de un interés”

La noción de daño en sentido descriptivo descansa, en consecuencia, sobre la noción de interés. Hay dos estándares fundamentales para medir la importancia de un interés. Según uno de ellos, los objetivos y aspiraciones últimos son los más importantes: por ejemplo, escribir una gran novela, lograr la fama, hacer una tesis doctoral, etc. Según otro estándar, los intereses más importantes son los medios para lograr cualesquiera

⁴⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., pp. 33 y 34.

⁴⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., p. 34.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ En adelante, siempre que me refiera a este sentido normativo de daño utilizaré el término “agravio”, reservando el propio de “daño” para el segundo de los sentidos: daño en sentido descriptivo.

⁵² Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., p. 34.

objetivos, un tipo de intereses presumiblemente compartidos por todos. Estos son llamados por Joel Feinberg “intereses de bienestar” (*welfare interests*)⁵³: por ejemplo, el interés en gozar de salud física, en la ausencia de graves padecimientos o en tener un aspecto que no sea grotesco, una mínima estabilidad emocional, cierto ámbito de libertad, etc. Estos intereses de bienestar se caracterizan, en primer lugar, porque cuando son perjudicados la persona es seriamente dañada, pues también sus últimas aspiraciones se ven negativamente afectadas; y, en segundo lugar, estos intereses forman una cadena que no es más fuerte que el más débil de sus eslabones.

Ahora bien, la pregunta que surge desde el punto de vista del paternalismo es cómo puede dañarse, en sentido descriptivo, una persona a sí misma, porque si una persona frustra uno de sus intereses ¿no muestra esto que, en realidad, no se trata de uno de sus intereses? La relación entre lo que le interesa a una persona y lo que esta misma persona quiere es compleja. No es cierto que cualquier cosa que una persona desee o quiera constituya por eso mismo un interés de tal persona, pero tampoco es seguro que los intereses sean independientes de los deseos o voliciones. De acuerdo con Joel Feinberg, parece que se pueden dar las siguientes situaciones en las que una persona que tiene interés en cierto estado de cosas X, no quiera, sin embargo, que se produzca X: 1) porque el individuo desconoce que X es un medio adecuado para promover su interés en Y: por ejemplo, quien sintiéndose enfermo no acude al médico porque cree irracionalmente que éste no le podrá ayudar; 2) puede querer X en cierta medida pero preferir que X no se produzca porque: 2.1) X perjudicará su interés en Z: por ejemplo, quien no ingresa en un equipo deportivo porque cree que le restará demasiado tiempo a su estudio, y 2.2) X no

⁵³ La traducción de “*welfare interests*” por “intereses del bienestar”, al igual que la archiconocida traducción de “*welfare State*” por “Estado del bienestar” esconde, a mi juicio, aspectos centrales de la idea anglosajona de “*welfare*” que la palabra española “bienestar” no refleja. Se ha de reparar que en inglés también existe el término “*well-being*”, cuya traducción literal parece ser también la de “bienestar”, pero que, sin embargo, no es totalmente intercambiable por el de “*welfare*”. Nicholas Rescher explica que “*welfare*” se refiere a los “requisitos básicos del bienestar (*well-being*) de un hombre”, en Rescher, Nicholas: *Welfare: The Social Issue in Philosophical Perspective*, ed. University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1972, p. 4. Nicholas Rescher añade que “esta caracterización –con su explícita referencia a lo básico- deja absolutamente clara una característica esencial del bienestar (*welfare*) en su relación con el bienestar (*well-being*) humano en general, a saber, que el bienestar (*welfare*) es una cuestión de “bienestar” (*well-being*) no en su totalidad global sino en sus “requisitos básicos”, sus fundamentos indispensables” (*ibidem*). Igualmente, “*well-being*” aparece con frecuencia asociado a la idea de concepciones del bien particulares o a la moral privada, mientras que “*welfare*” se asocia a aspectos de la moral pública. Por ello, la expresión “intereses de bienestar” no me parece del todo adecuada como traducción de “*welfare interests*”; pudiendo ser más apropiada la de “intereses básicos” o “primarios”, pero lo cierto es que la traducción de “*welfare*” por “bienestar” es unánimemente aceptada y, aún con estas aclaraciones, merece ser seguida.

debe producirse según alguno de sus principios morales: por ejemplo, quien no copia en un examen a pesar de poder hacerlo impunemente; y 3) X le produce un rechazo incontrolable: por ejemplo, quien no es capaz de tomarse una medicina de sabor muy desagradable. Es fácil advertir, sin embargo, que estos supuestos no cuestionan, en realidad, la vinculación entre los intereses y los deseos de un individuo, pues pueden explicarse o bien como un problema de conocimiento de los medios para satisfacer los propios deseos, o bien como un conflicto de deseos, principios o pasiones⁵⁴.

Joel Feinberg apunta a que la vinculación entre lo que interesa a un individuo y lo que este mismo quiere debe ser considerada de manera inversa según se trate de los *intereses de bienestar* o de los *intereses ulteriores*. A juicio de Joel Feinberg, es plausible sostener que un individuo tiene interés en, por ejemplo, una salud suficiente aunque no lo desee; mientras que es plausible sostener que un individuo sólo puede tener interés en escribir una gran novela en la medida en que lo quiera. Sobre los intereses básicos leemos:

“Pero al menos con respecto a los intereses de bienestar, estamos inclinados a decir que lo que los promueve es bueno para una persona *en cualquier caso*, sean cuales sean sus creencias y deseos. El interés de una persona en la salud, por ejemplo, sería de hecho uno de sus intereses, incluso si erróneamente creía lo contrario, e incluso si deseaba mala salud y deterioro en lugar de buena salud y vitalidad. Con respecto a este particular interés, al menos, podría haber una correspondencia entre interés y deseo, pero la existencia del primero no es dependiente, ni derivativa, de la existencia del último. Los intereses de bienestar, sin embargo, normalmente logran su estatus como intereses en virtud de ser medios generalizados, con frecuencia indispensables, para el avance de intereses ulteriores”⁵⁵.

Si no todos los intereses están vinculados con los deseos o la voluntad de los sujetos, tampoco parece que sea suficiente para crear un interés en algo el quererlo, aunque sea con mucha intensidad. Es necesario distinguir la decepción que supone una pérdida, de la “pérdida” que supone una decepción por sí sola. Muchos de nuestros deseos pueden producir tan sólo esta “pérdida” porque no están conectados con alguno de nuestros propósitos de largo alcance o no son lo suficientemente estables o perdurables

⁵⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., p. 39.

⁵⁵ Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., p. 42.

como para representar “cualquier inversión de una apuesta”⁵⁶. En consecuencia, sostiene Joel Feinberg que, por ejemplo, el repentino deseo de tomar un helado de crema no constituye un interés del individuo y su frustración no es, por tanto, un daño. Si no todos los deseos o anhelos generan intereses ¿cuáles son las características de un deseo o querer capaz de constituir un interés? Feinberg sugiere que, en términos generales, se trataría de las siguientes características: a) que se quiera algo que sea realista y no mera fantasía irrealizable, b) que el objeto querido lo sea, en cierta medida, por sí mismo, y c) el querer se convierta en un objetivo o propósito que pueda ser promovido por el propio individuo; influenciada su realización por el propio esfuerzo. Se trata, entonces, de un querer relativamente enraizado y estable del individuo cuya satisfacción puede ser razonablemente esperable e influenciable por nuestros propios esfuerzos, esto es, lo que podría denominarse tener un propósito general, objetivo o fin⁵⁷.

De estas consideraciones se deriva que no todas las experiencias desagradables dañan nuestros intereses; experiencias físicas (como punzadas o dolores de intensidad moderada), sentimientos heridos, remordimiento, depresión, tristeza, náusea, fatiga, debilidad, sensibilidades heridas, irritación, frustración, vergüenza, culpabilidad, etc., pueden ser un mal pero no necesariamente son un daño: “una cosa no deseable es dañosa –explica Feinberg– sólo cuando su presencia es suficiente para impedir un interés”⁵⁸. Quizás sea una buena ilustración de la distinción entre estos males y los daños la siguiente: con frecuencia el viento hace que las palmeras se inclinen y se agiten, pero una vez que amaina vuelven a su posición original, sólo se diría que el viento ha dañado a la palmera cuando su fuerza ha sido suficiente para troncharla o por su persistencia la ha deformado. De la misma manera, no decimos que una experiencia psicológica desagradable nos ha dañado, aunque la consideremos un mal, hasta que alguno de nuestros intereses (diferentes del interés mismo en no tener experiencias psicológicas desagradables) ha sido frustrado. De acuerdo con nuestro autor, todas estas experiencias desagradables, o males que no son daños, pueden justificar una intervención estatal con fundamento en el *principio de ofensa*, no así según el principio de daño o principio paternalista.

⁵⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Others, cit.*, p. 43.

⁵⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Others, cit.*, p. 45.

⁵⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Others, cit.*, p. 47.

Joel Feinberg aclara que “decir que ‘algo me interesa’ es decir que aumentaría mi capacidad y oportunidades para satisfacer aquellos de mis deseos ulteriores que son ellos mismos la base de otros intereses, aquellos objetivos en cuyo avance tengo una apuesta”⁵⁹. Esto excluye de los intereses, además de los deseos pasajeros como ya se ha dicho, los objetivos más ulteriores y comprensivos: por ejemplo, el que puede constituir la felicidad en sí misma. Todas las personas racionales, explica Joel Feinberg, se supone que persiguen la felicidad, pero esto lo hacen indirectamente mientras persiguen otros fines: se trataría de un “fin inclusivo” pero no de un “fin dominante”⁶⁰. Al respecto de la felicidad como un fin inclusivo resulta trivial decir que es en nuestro interés, pues equivale a decir que aquello que es en nuestro interés nos interesa. En algunos casos excepcionales quizás la felicidad se dé como un fin dominante, un fin objeto de un deseo directo; se trataría de la perspectiva de un hedonista, que tan sólo valora aquellas cosas que son medios para ciertos estados mentales de serenidad y satisfacción.

Entre los deseos pasajeros y los últimos objetivos o fines inclusivos, se situarían entonces los objetos de interés. Dentro de estos, Joel Feinberg distingue tres tipos dependiendo de su grado de ulterioridad: 1) *deseos instrumentales*, que se parecen a los deseos pasajeros en cuanto a la inmediatez de su satisfacción pero que, sin embargo, están vinculados, como medios o condiciones necesarias, a la promoción de ulteriores objetivos: por ejemplo, hacer ejercicio; 2) los *intereses de bienestar*, que se refieren a lo mínimo y estrictamente necesario para la satisfacción de los objetivos ulteriores: por ejemplo, un mínimo nivel de salud física; y 3) *objetivos focales*: los fines dominantes últimos: por ejemplo, ganar unas Olimpiadas.

Merece la pena destacar las características de los intereses de bienestar, puesto que su protección parece ser el objetivo más plausible del paternalismo justificado. Los intereses de bienestar se caracterizarían, en conclusión, por ser: 1) mínimos, en el sentido de que son satisfechos con lo estrictamente necesario; 2) estables; 3) duraderos; 4) vinculados entre ellos de manera que forman una cadena que no es más fuerte que el más

⁵⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., p. 55.

⁶⁰ Feinberg toma esta distinción de Kenny, Anthony: “Happiness”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 66 (1965), pp. 93-102.

débil de sus eslabones; y 5) típica y meramente instrumentales. Ostensiblemente podrían definirse como los intereses en permanecer con vida, en gozar de una mínima salud mental y física, de un mínimo de recursos económicos, de un mínimo de libertad política, etc.

7.2.3. Daños como “agravios”

La distinción entre daños auto-infligidos y daños infligidos a otros permite trazar la distinción entre el principio paternalista y el principio de daño, pero hay, al menos, otra importante diferencia entre ambos principios que debe ser constatada.

El contenido del principio de daño, señala Joel Feinberg, consiste en la prohibición de causar daños que, además, son agravios. En consecuencia, las condiciones que ha de satisfacer una acción para ser una “daño” en el sentido del principio de daño son las siguientes:

1. “A actúa (quizás en un sentido de acto lo suficientemente amplio para incluir acciones y omisiones...),
2. de una manera que es insatisfactoria (*defective or faulty*) en relación con los riesgos que crea para B, esto es, con la intención de producir las consecuencias para B que se siguen de su acción u otras igualmente adversas, o con negligencia e imprudencia en relación con esas consecuencias, y
3. A actúa de una manera que es moralmente indefendible, es decir, que no es ni excusable ni justificable; y
4. la acción de A es la causa de la frustración de un interés de B, lo cual es también
5. una violación del derecho de B”⁶¹.

Las condiciones 1, 2, 3 y 5 determinan que A agravia a B y la 4 que también lo daña.

El legislador, de acuerdo con el principio de daño, debe determinar qué intereses pueden ser razones para pretensiones morales válidas de los ciudadanos (derechos morales) y ajustar su legislación penal a la protección de los mismos. Joel Feinberg

⁶¹ Feinberg, Joel: *Harm to Others, cit.*, pp. 105-106.

señala que algunos intereses pueden ser descartados, directamente, como contenido de derechos: por ejemplo, el interés en producir sufrimiento y dolor a los otros. Por el contrario, los intereses de bienestar son las razones por excelencia para la protección penal⁶².

Si el principio de daño sólo permite la represión de las conductas que son daños y, además, violan los derechos del sujeto dañado, necesariamente, las acciones que son daños-pero-no-agravios y las que son agravios-pero-no-daños o bien deben quedar impunes, o bien deben ser reprimidas de acuerdo con otro principio limitativo de la libertad válido, desde el punto de vista liberal. Algunas de las acciones que son agravios pero no daños caen bajo el denominado por Joel Feinberg “principio de ofensa” y, por tanto, también pueden, de acuerdo con nuestro autor, ser perseguidas⁶³. El resto deberían, en general, quedar impunes.

Dado que por la aplicación de la máxima *volenti non fit injuria*, los daños auto-infligidos caerían dentro de la categoría de los daños-pero-no-agravios, el principio paternalista podría distinguirse del principio de daño señalando que el primero trata de evitar algunos daños-pero-no-agravios, mientras que el segundo, como acabamos de ver, trata de evitar solo daños que también son agravios.

Si el paternalismo no se considera un principio limitativo de la libertad válido, cabría preguntarse si las conductas paternalistas caerían bajo el ámbito de aplicación del principio de daño, es decir, si serían prohibidas. El problema es que el principio de daño proscribire dañar a otros y el paternalista no daña al sujeto que es tratado paternalistamente: cuando un sujeto *A* interfiere con la libertad de *B* para evitar que éste

⁶² Feinberg, Joel: *Harm to Others, cit.*, p. 112.

⁶³ Para aclarar qué conductas pueden caer bajo el ámbito de aplicación de este principio, Joel Feinberg nos propone ponernos en el lugar de un pasajero de autobús para el que abandonar el vehículo le supondría muchos inconvenientes (por ejemplo, llegar tarde al trabajo), si bien no puede decirse que esté cautivo en el vehículo. En este escenario, Joel Feinberg narra una serie de historias en las que el pasajero pudiera sentirse seriamente “ofendido”. Las historias se clasifican en las siguientes categorías: ofensas a los sentidos (por ejemplo, alguien que huele muy mal se sienta a nuestro lado), disgusto y revulsión (alguien se pone a vomitar y a comer su vomito junto a nuestro asiento), *shock* a la sensibilidad moral, religiosa o patriótica (alguien utiliza la bandera para sonarse), vergüenza, azoramiento y ansiedad (tu compañero de asiento comienza a masturbarse), desagrado, aburrimiento o frustración (no podemos dejar de oír la cháchara en voz alta de dos pasajeros), miedo, resentimiento, humillación o enfado (sube al autobús un tipo con un brazalete con una esvástica). Véase: Feinberg, Joel: *Offense to Others, cit.*, pp. 10-13.

dañe sus intereses, la acción paternalista de *A*, cuando tiene éxito, sirve a los intereses de *B* y no es dañosa sino beneficiosa para *B*. Joel Feinberg señala que, como mínimo, la acción paternalista daña el interés en la libertad de *B*, pero reconoce que si el daño evitado a otros intereses es muy grande, la acción puede ser, globalmente considerada, beneficiosa para *B*. De aquí se deriva, admite Joel Feinberg, que el liberal debe reconstruir su posición yendo más allá del principio de daño para sostener que la violación de la autonomía de un individuo no debe ser permitida, aun cuando de ella resulte que éste es beneficiado⁶⁴.

7.2.4. Crítica a la noción de “daño moral”

El concepto de “daño” como la “frustración de un interés” tiene implicaciones directas con respecto a la plausibilidad de la noción de daño moral⁶⁵.

Joel Feinberg señala que, según la doctrina enseñada por Sócrates, Platón y los estoicos, la degradación moral es un daño con independencia de cómo afecte tal degradación a los intereses del individuo. Sin embargo, según la concepción de daño de nuestro autor, si el individuo no tiene un interés ulterior en tener un buen carácter o en ser persona virtuosa, y si ello no es un medio para algún otro de sus intereses, entonces la degradación moral no frustra sus intereses y no es, en consecuencia, un daño para él. Esta posición, afirma Joel Feinberg, se ve reforzada por el sentido común y la experiencia cotidiana, según los cuales parece que los intereses de las personas malvadas van, en muchas ocasiones, “viento en popa”.

Es fácil advertir que al margen de la más o menos ingenua cuestión de si los “malos” a la larga salen perdiendo, aquí nuevamente se plantea si el concepto de interés debe construirse como un concepto basado en deseos o basado, por contraposición, en un

⁶⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Others*, *cit.*, p. 78.

⁶⁵ La noción de “daño moral” es el primero de un conjunto de casos difíciles a los que se debe enfrentar la concepción del “daño” como “la frustración de un interés” de Joel Feinberg. Junto al daño moral estarían las siguientes categorías problemáticas: los intereses hetero-referentes y los daños vicarios; la muerte y los daños póstumos; y el nacimiento que puede considerarse un daño y los daños pre-natales. Sobre esto, véase: Feinberg, Joel: *Harm to Others*, *cit.*, pp. 65-104.

ideal⁶⁶. El concepto de interés basado en deseos requiere poder ser analizado totalmente en términos de los deseos que la gente tiene; mientras que el concepto basado en un ideal se analiza en términos de lo que es mejor para la gente, a pesar de sus deseos, o de lo que debería desear la gente. La plausibilidad de la concepción basada en deseos se ve reforzada cuando se comprenden los conflictos apuntados por los moralistas entre el deseo y el interés como conflictos entre deseos contrapuestos, en particular entre deseos de satisfacción inmediata y deseos de satisfacción a largo plazo.

La teoría ideal, explica Joel Feinberg, sostiene que es en interés de una persona no sólo satisfacer sus deseos, sino también (y con frecuencia más importante) llegar a ser una mejor persona. La corrupción es, por tanto, un daño a las personas, aunque todos sus demás intereses se desarrollen. A juicio de Joel Feinberg, la capacidad persuasiva de la teoría ideal deriva fundamentalmente del hecho de que no nos gustaría cambiarnos por aquellos que son vulgares, estúpidos o torpes y, a la vez, están contentos. Pero Joel Feinberg explica que esto se debe a que realmente experimentamos el deseo de tener un carácter de excelencia.

Con frecuencia los partidarios de esta teoría ideal, explica nuestro autor, acuden a la educación de los niños como un ejemplo en favor de su posición. El argumento sostiene que a los niños no se les educa para que satisfagan todos sus deseos, sino para que tengan los deseos correctos y para dotarles de un carácter del que estos deseos correctos emerjan. Sin embargo, Joel Feinberg sostiene que este argumento no hace sino reforzar la posición contraria, ya que muestra que el objetivo de la educación es hacer que forme parte de los deseos del menor el tener un buen carácter, es decir, crear en el menor el interés de ser una buena persona. De manera que no se pone en cuestión la vinculación entre deseos e intereses.

Por último, Joel Feinberg señala que las concepciones del interés basadas en deseos refuerzan el elogio de la excelencia personal, porque valoran un buen carácter con independencia de si es o no en interés del sujeto. La moral defectuosa no es un modelo de emulación aunque no suponga daño alguno para el propio individuo, para él

⁶⁶ La distinción traída por Joel Feinberg proviene de Barry, Brian: *Political Argument*, ed. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1965.

puede ser a la vez un mal y satisfactoria. En definitiva, esta concepción remarca que “es importante ser una buena persona y no sólo una persona feliz o realizada”⁶⁷.

8. La distinción entre paternalismo y moralismo jurídicos

A) Moralismo jurídico y el paternalismo que trata de evitar daños

El anterior apartado, referido a la noción de “daño moral”, da pie a entrar en la consideración de uno de los puntos cruciales en toda disertación sobre el paternalismo jurídico, a saber, las relaciones entre esta figura y el denominado “moralismo jurídico”. Veamos en primer lugar qué entiende nuestro autor por “moralismo jurídico” y, a continuación, las diferencias y similitudes que, a su juicio, existen entre el paternalismo y el moralismo jurídicos.

Joel Feinberg distingue entre una concepción amplia y otra estrecha del moralismo jurídico. De acuerdo con la concepción amplia, “puede ser moralmente legítimo para el Estado prohibir, por medio del Derecho penal, ciertos tipos de acciones que no causan daño ni ofenden a nadie, en razón de que tales acciones constituyen o causan males (*evils*) de otras clases”⁶⁸. En esta concepción amplia, se reconocen toda una serie de razones de muy diverso tipo como apoyos para una prohibición penal. Tradicionalmente, se proponen las siguientes: 1) preservar una forma tradicional de vida, 2) imponer la moralidad, 3) evitar ganancias injustas y 4) elevar o perfeccionar el carácter humano⁶⁹. De acuerdo con la concepción estrecha, que se corresponde con el uso más extendido de la expresión, por “moralismo jurídico” se entiende exclusivamente la imposición de la moral por el Derecho penal. El tipo de males que trata de evitar el moralista jurídico, en sentido estricto, son las acciones que constituyen inmoralidades en sí mismas (o pecados), las cuales deben reprimirse aun cuando se lleven a cabo privadamente.

⁶⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., p. 70.

⁶⁸ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., p. 3.

⁶⁹ *Ibidem*.

Por “mal” entiende nuestro autor “cualquier suceso o estado de cosas que es seriamente lamentado”⁷⁰. Este *summum genus* del mal puede ser dividido en las siguientes categorías:

1. Males (estados de cosas que son lamentados):
 - 1.1. Males teológicos (no imputables a la gente),
 - 1.2. Males legislativos (imputables a la gente):
 - 1.2.1. Males que dan lugar a reclamaciones (daños, ofensas y explotaciones injustas)
 - 1.2.2. Males que no dan lugar a reclamaciones (no son razones para reclamaciones personales):
 - 1.2.2.1. Males etéreos (*free-floating evils*) (independientes de la condición de los intereses de nadie),
 - 1.2.2.2. Males conectados con el bienestar (derivados del efecto sobre los intereses, aunque sean indirectos, pero que no son estrictamente infliciones de daños o violaciones de derechos):
 - 1.2.2.2.1. Ejemplo: los casos prenatales. El mal es una residual “condición perjudicial” pero no un “daño en balance”, porque su única alternativa era todavía peor (la no existencia),
 - 1.2.2.2.2. Ejemplo: los daños que quiere evitar el paternalista. El mal es un “daño sin agravio”, un perjuicio consentido a los intereses, un mal si no hubiera sido neutralizado por el consentimiento, y que por ello, como mal, no tiene peso cuando se le compara con la autonomía personal⁷¹.

De acuerdo con esta clasificación de males propuesta por Joel Feinberg, vemos que lo que tienen en común el principio moralista y el principio paternalista es que ambos tratan de evitar males (convirtiéndolos en ilícitos jurídicos) que no suponen un daño a otros (en el sentido del principio de daño, esto es, daños que son agravios). Los males que trata de evitar el moralista jurídico (1.2.2.1) y el paternalista (1.2.2.2.2.) serían ilícitos no dañosos (*harmless wrongdoing*). Dentro de la categoría de “males” que trata de evitar el moralista jurídico se encontrarían cosas tales como las siguientes: violaciones de tabúes, inmoralidades convencionales hechas en privado y sin daño de nadie (con frecuencia se suelen entender como tales a las relaciones extramaritales, homosexuales o a la masturbación), prácticas pecaminosas (por ejemplo: comer cerdo o trabajar en sábado), la corrupción moral de otro o de uno mismo, malos pensamientos, pensamiento impuros,

⁷⁰ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., p. 18.

⁷¹ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., p. 19.

falsas creencias, la frívola y caprichosa destrucción de insectos, la extinción de las especies, etc⁷².

La diferencia fundamental entre ambos principios sería que para el paternalista se trata de evitar que se afecten negativamente los intereses de una persona (daños que no son agravios), mientras que para el moralista el acto debe evitarse con independencia de si se afecta o no a los intereses de alguien.

Sobre esta sucinta caracterización de la diferencia entre paternalismo y moralismo jurídicos conviene hacer los siguientes comentarios: En primer lugar, a partir de la noción de daño moral pueden solaparse ambas figuras, dando lugar a un “paternalismo jurídico moralista”, que tendría por objeto evitar *daños morales* a los individuos. La admisión de la noción de daño moral permite definir una versión moralista del principio paternalista (el paternalismo jurídico moralista). Como explica Joel Feinberg, la estrategia argumentativa de Patrick Devlin en su famosa discusión con Herbert L. A. Hart consistía precisamente en introducir junto al concepto de paternalismo *físico*, que trata de evitar daños físicos, a este paternalismo *moral*, que trata de evitar daños morales. A juicio de Patrick Devlin, el compromiso con el primero implica el compromiso con el segundo, porque si no se considera a los individuos capaces de cuidar de su propio cuerpo, difícilmente se les ha de considerar más capacitados para cuidar de su moralidad. Dado que para proteger la moralidad de los individuos es necesario un acuerdo social sobre el bien moral, una moralidad pública, “entonces, -concluye Patrick Devlin- si la sociedad obliga a un hombre a actuar por su propio bien moral, la sociedad está sancionando la ley moral”⁷³. En consecuencia, la aceptación del paternalismo moral conlleva necesariamente la aceptación del moralismo jurídico. A juicio de Joel Feinberg, el argumento es bueno salvo por la implausibilidad de “aceptar un concepto de daño moral que es un “daño” en el mismo sentido en que una lesión física es un daño, excepto que el objeto del último es el cuerpo y el objeto del primero es el carácter”⁷⁴. A este respecto, añade Joel Feinberg:

⁷² Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., pp. 20-25.

⁷³ Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals*, cit., p. 136.

⁷⁴ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., p. 17.

“El daño físico es, sin embargo, un perjuicio al interés de bienestar que, se presume, todas las personas normales tienen en el eficiente funcionamiento de sus cuerpos. En casi todos los casos, una persona sería obstaculizada en la persecución de su propio bien, sea el que éste sea, si su cuerpo y no funciona adecuadamente. El daño al carácter, por otro lado, no necesita ser un perjuicio para el interés de nadie (aunque con frecuencia lo es si la persona no tiene una cierta astucia compensatoria), y cuando no lo es, no puede ser un daño en el sentido primario a menos que la persona tenga un anterior interés (y de nuevo no es necesario) en la excelencia de su carácter”⁷⁵.

El anterior párrafo muestra que para Joel Feinberg la promulgación de una ley paternalista no presupone moralismo jurídico en la medida en que persiga la protección de los intereses del bienestar. Aunque nuestro autor parece mostrar cierta vacilación al respecto, creo que se puede entender que su posición es que estos intereses de bienestar son “intereses objetivos”, en la medida en que son necesarios para la satisfacción de cualquier interés ulterior. De ahí que los individuos, al no satisfacer alguna de estas necesidades básicas, se “dañan” y de ahí que el paternalista pueda tratar de evitar que los individuos se dañen a sí mismos, sin que por ello esté imponiendo automáticamente su propia concepción de lo bueno sobre los otros. Ahora bien, la objetividad de estos intereses del bienestar descansaría, si interpreto bien a nuestro autor, en una mera generalización estadística, suficiente como para razonablemente presumir que cualquier individuo tiene esos intereses y necesaria como para legitimar una prohibición penal general.

Otra diferencia importante entre los principios de paternalismo y moralismo jurídicos es que, a juicio de Joel Feinberg, el liberal debe reconocer que, en principio, el moralismo jurídico es un principio limitativo de la libertad válido. La razón de ello es la plausibilidad del principio general de que siempre está justificado, en igualdad de condiciones, evitar el mal. Sin embargo, con respecto al paternalismo jurídico, como vimos, se había partido de la posición contraria: existe una presunción a favor de la libertad que todo defensor del paternalismo debe vencer; la “carga de la prueba” quedaba del lado del paternalismo. Ahora bien, la pregunta que se plantea inmediatamente es por qué este carácter de “verdadero por definición” del principio de moralismo jurídico no se extiende igualmente al paternalismo jurídico. La respuesta de Joel Feinberg es que el liberal trata estos males (los daños consentidos) *como si* no fueran un mal en absoluto:

⁷⁵ *Ibidem.*

“esto es porque –dice nuestro autor- como mal debería ser puesto en la balanza con la soberanía personal y, en comparación con el efecto de triunfo absoluto de la soberanía, no tendría peso en absoluto”⁷⁶. Pero de nuevo se plantea otra cuestión “¿por qué no es la soberanía igualmente violada por la interferencia estatal cuando los males a evitar son los males no-dañosos de la miscelánea lista del moralista jurídico?”⁷⁷. La respuesta es, nos explica Joel Feinberg, porque “no hay manera de determinar si la producción de estos males cae dentro o fuera de los límites de la soberanía personal, en la medida en que nuestro único medio de delimitación de estos límites es la vaga distinción entre la actividad auto y hetero-referente”⁷⁸. Cuando se trata de un mal de tipo impersonal que no amenaza los intereses de nadie tan sólo hay, explica nuestro autor, dos caminos: o bien podemos decir que las acciones que son males de este tipo caen dentro de la esfera de actos auto-referentes por definición y, por tanto, están protegidas de interferencias por el principio de autonomía, o bien decimos que no caen dentro de la esfera de los actos auto-referentes y no están, por tanto, protegidos de interferencias por el principio de autonomía. Si optamos por la primera salida, tanto el principio moralista como el paternalista podrían ser rechazados con la misma contundencia por el liberal. Si optamos por la segunda, como hace Joel Feinberg, se rompe la paridad entre los dos principios no liberales “obligándonos a decir que las consideraciones moralistas -pero no las paternalistas- pueden ser razones para prohibiciones penales”⁷⁹. El problema, advierte Joel Feinberg, es “momentáneo” porque después de admitir que las consideraciones moralistas pueden pesar, el liberal les reconocerá muy poco peso.

B) Perfeccionismo jurídico y el paternalismo orientado a beneficiar

Hasta aquí, me he referido al moralismo *que trata de evitar males* y su correlativo paternalismo *que trata de evitar daños*. Sin embargo, como hemos visto, conceptualmente tanto el principio de daño a otros como el principio de paternalismo jurídico tienen su correspondiente *versión del beneficio*. Los principios de beneficio

⁷⁶ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing, cit.*, p. 6.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing, cit.*, p. 7.

⁷⁹ *Ibidem*.

presentan, a su vez, dos versiones: según se trate de *beneficios físicos, psíquicos o económicos* o de *beneficios morales*.

Los principios de beneficio, cuando están orientados a la consecución de *beneficios morales*, son denominados por Joel Feinberg “perfeccionismo jurídico”. Resultan, entonces, dos versiones del perfeccionismo jurídico: una, correspondiente al principio de daño (el *principio moralista del beneficio a otros*) y, otra, correspondiente al principio del paternalismo jurídico (el *principio moralista del paternalismo jurídico que confiere beneficios*).

Versiones de beneficio de los principios de daño y paternalista

	Principio de daño	Principio paternalista
Beneficios físicos, psíquicos y económicos	(I) Principio de beneficio a otros	(II) Principio del paternalismo extremo o radical
Beneficios morales	(III) Perfeccionismo jurídico	(IV) Perfeccionismo jurídico paternalista

El “perfeccionismo jurídico” defiende, a juicio de Joel Feinberg, que “es un objetivo propio del Derecho penal perfeccionar el carácter y elevar el gusto de los ciudadanos que están a él sujetos”⁸⁰. La noción clave del perfeccionismo jurídico es la de *carácter*: “un conjunto de disposiciones –dice Joel Feinberg- para actuar o sentir en ciertas formas, de manera que cuando una disposición dada es en general encomiable, la

⁸⁰ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing, cit.*, p. 277. Joel Feinberg opina que lo característico del perfeccionismo jurídico como un tipo de moralismo es su confianza en los mecanismos del Derecho penal. A su juicio, un liberal puede admitir que, a igualdad de condiciones, algunas “formas de vida humana” son intrínsecamente superiores a otras. Igualmente, sostiene que es innegable que el Estado “puede correctamente tratar de promover la virtud pública y elevar el nivel de excelencia a lo largo y ancho de la sociedad por medio de métodos tales como la educación moral y cultural en las escuelas públicas, los subsidios a las artes y las ciencias, y los premios y reconocimientos a los ejemplos de virtud” (*op. cit.*, p. 278). Merece destacarse que, en este punto, la concepción del liberalismo de Joel Feinberg se aleja notablemente de la de, por ejemplo, Ronald Dworkin (véase: Dworkin, Ronald: “Liberalism”, en Stuart Hampshire, ed., *Public and Private Morality*, ed. Cambridge University Press, N.Y., 1978) o Bruce Ackerman (véase: Ackerman, Bruce A.: *Social Justice in the Liberal State*, ed. Yale University Press, New Haven 1980), y se sitúa del lado del denominado “perfeccionismo liberal” tal y como ha sido defendido, por ejemplo, por Vinit Haksar en *Equality, Liberty, and Perfectionism, cit.*,

llamamos una virtud o excelencia (...), y cuando en conjunto está sujeto a desaprobación la llamamos un fallo o defecto de carácter”⁸¹. Ésta es una concepción amplia de *carácter* que incluye tanto la *moralidad* como las *maneras*, pero que deja fuera, además de las aptitudes físicas y la salud, las habilidades adquiridas y ciertas aptitudes y talentos como: por ejemplo, pintar cuadros, probar teoremas o la carpintería⁸². Respecto de este objetivo de “mejorar el carácter”, Joel Feinberg añade, además, que de la misma manera que se encuentran razones para dudar de que un carácter moralmente malo sea necesariamente un daño, es de esperar que haya las mismas razones para dudar de que un carácter moralmente mejorado sea necesariamente un beneficio.

Joel Feinberg advierte que los perfeccionistas serios no defienden el uso de la coacción para producir virtudes de cualquier tipo. El tipo de virtudes morales que es más plausible producir por medio del Derecho penal son aquellas mínimas e indispensables para la convivencia y que tienen más bien un carácter negativo: la disposición a no matar, violar, golpear, robar, etc. Nuestro autor duda de que incluso estas “virtudes negativas mínimas” sean producidas por la coacción penal, pero reconoce que la “majestad del derecho” con sus procedimientos públicos, solemnidades del proceso, seriedad de la aplicación de las penas, etc., pudiera tener una influencia en este sentido. De esta manera, el perfeccionista coincidiría con el defensor del principio liberal de daño en el conjunto de conductas que deben ser criminalizadas, si bien por una razón diferente: no se trataría de proteger a las víctimas de daño, sino de inculcar a los adultos los mínimos requerimientos de virtud social como un fin en sí mismo⁸³.

Ahora bien, si, por ejemplo, los actos de violencia y fraude serían prohibidos tanto por el perfeccionista como por el liberal ¿qué relevancia –se pregunta Joel Feinberg– tiene la apelación a uno u a otro como razones para la criminalización de estos actos? Pues bien, como es de esperar, nuestro autor responde que es muy relevante porque, en primer lugar

⁸¹ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., p. 278.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., p. 284.

“la razón perfeccionista, en este contexto, implica paternalismo moralista en su forma más extrema. La forma de perfeccionismo invocada por tal razón es el principio de que siempre es una buena razón en apoyo de una prohibición propuesta que mejorará el carácter de la misma persona que es destinataria de la prohibición. A diferencia de las más usuales formas físicas y económicas de paternalismo que justifican restringir la libertad de una persona por la necesidad de prevenirle un daño (que su interés sea frustrado), esta forma moralista del principio legitima restricciones sobre su libertad por la necesidad de conferirle un beneficio (ya lo vea el así o no), a saber, el beneficio de un carácter mejorado. El Estado no le dice que debe ser constreñido para proteger a otros, ni que debe ser protegido de sí mismo, sino “por su propio bien”⁸⁴.

En otras ocasiones, el programa perfeccionista parece defender prohibiciones que no cabría fundamentar alternatively en el principio de daño. Los ejemplos de estas prohibiciones son de dos tipos: primero, leyes que castigan el no rescatar, asistir o proteger a otros y, segundo, leyes penales orientadas a proteger a inocentes de diversas formas de corrupción⁸⁵. El primer tipo de prohibiciones no se presta a confusión con el paternalismo porque se trata de beneficiar *a otros*. Joel Feinberg sostiene, además, que el contenido de la obligación no es “beneficiar” pues la omisión del socorro, dadas ciertas circunstancias, no puede entenderse como un simple *no beneficiar* y es equivalente a *dañar*, por lo que, concluye nuestro autor, la imposición legal del deber de socorro está orientada a “evitar daños”. Sin embargo, el segundo tipo de prohibiciones incluidas en el programa perfeccionista, de nuevo sería indistinguible de un tipo de paternalismo; en este caso, del “paternalismo jurídico moralista”, al que se ha hecho referencia anteriormente.

9. Paternalismo y beneficios físicos, psíquicos y económicos

Para completar el mapa conceptual del paternalismo como principio limitativo de la libertad queda hacer referencia a la versión del mismo que tiene por objeto no evitar daños sino imponer un beneficio físico, psíquico o económico. Se trataría, de acuerdo con nuestro autor, de una versión extrema del paternalismo ordinario, que trata de evitar daños. Los argumentos contra este paternalismo ordinario se aplican en mayor medida

⁸⁴ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., p. 285.

⁸⁵ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., p. 296.

contra aquella forma extrema; “es decir –dice Joel Feinberg-, que si no es moralmente legítimo costreñir a una persona incluso para evitarle un daño (la frustración de un interés), entonces cuanto más debe ser ilegítimo costreñirlo en razón de conferirle un beneficio”⁸⁶.

No es fácil encontrar ejemplos de regulaciones penales que traten de imponer un beneficio (físico, psíquico o económico) con un supuesto fundamento paternalista: “tales teorías –dice Joel Feinberg- no son ampliamente sostenidas cuando los beneficios en cuestión son de los tipos más familiares psíquicos, físicos y económicos, o cuando los beneficios consisten en la promoción de los intereses básicos ordinarios para superar niveles mínimos o la realización de objetivos focales más especializados”⁸⁷.

10. Recapitulación sobre el concepto de paternalismo de Joel Feinberg

La propuesta de Joel Feinberg en cuanto al concepto de paternalismo jurídico es notablemente compleja, y ello aún cuando la cuestión del modo o la forma propia de las intervenciones paternalistas está obviada de principio, pues se tratan exclusivamente las leyes penales paternalistas. No obstante, conviene recordar que a juicio de Joel Feinberg la coacción no es una característica que defina al paternalismo sino una característica que acompaña y, por tanto, se ha de admitir que pueden darse casos de paternalismo, jurídico o en otros contextos, que no sean coactivos.

El mapa conceptual del paternalismo jurídico coactivo elaborado por Joel Feinberg resulta, a mi juicio, de la combinación de los siguientes tres criterios:

- 1) Según que el contenido de la intervención paternalista (lo prohibido u obligatorio) sean actos estrictamente auto-referentes o actos de otras personas que obran con el consentimiento o a requerimiento del individuo que es tratado paternalistamente.
- 2) Según que se trate de evitar daños o de beneficiar.

⁸⁶ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., pp. 311 y 312.

⁸⁷ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing*, cit., p. 311.

- 3) Según que se trate de daños o beneficios físicos, psíquicos o económicos, por un lado, o daños o beneficios morales, por otro.

La combinación de estos criterios daría lugar a la tabla siguiente:

Diferentes tipos de principios paternalistas según Joel Feinberg.

	Evitar daños	Beneficiar	
A la propia persona coaccionada	Paternalismo (jurídico) que evita daños	Paternalismo (jurídico) extremo o radical	Daños/Beneficios físicos, psíquicos y económicos
	Paternalismo jurídico moralista	Perfeccionismo jurídico paternalista	Daños/Beneficios morales
A personas distintas de la persona coaccionada	Principio de daño a otros	Principio de beneficio a otros	Daños/Beneficios físicos, psíquicos y económicos
	Paternalismo jurídico indirecto		
		Perfeccionismo jurídico	Daños/Beneficios morales

11. La justificación del paternalismo: la estrategia del paternalismo blando

“La tesis central de John Stuart Mill y otros individualistas sobre el paternalismo –dice Joel Feinberg- es que la elección completamente voluntaria o el consentimiento de un ser humano maduro y racional, relativo a materias que afectan sólo a los propios

intereses del individuo es algo tan valioso que nadie (y ciertamente no el Estado) tiene un derecho a interferir simplemente por el “propio bien” de la persona”⁸⁸. Junto a esta tesis central, se encuentra también la creencia en que la aceptación de las prácticas paternalistas aún menos cuestionadas habría de llevarnos, por una pendiente resbaladiza, a un despótico Estado espartano. Sin embargo, ambas tesis se han de conciliar con la creencia generalizada en que ciertas normativas tradicionalmente consideradas paternalistas están, sin embargo, justificadas.

A juicio de Joel Feinberg, hay dos estrategias principales para afrontar este problema. Según una de ellas, que denomina la “*estrategia del balance*” (*balancing strategy*), dado que los principios limitativos de la libertad no establecen condiciones necesarias y suficientes de la coacción, sino tan sólo “buenas y relevantes razones”, aceptar el principio paternalista deja abierta la posibilidad de que en un caso particular otros principios diferentes (otras buenas y relevantes razones) tengan incluso un mayor peso (por ejemplo, el principio de autonomía). Según otra, la *estrategia del paternalismo blando*, se puede sostener que las razones paternalistas (de paternalismo duro) no son nunca razones válidas desde el punto de vista moral. Esta estrategia, que es la seguida por Joel Feinberg, construye la noción de autonomía personal de manera que se concibe como una “carta de triunfo moral”; un principio que siempre pesa más que las consideraciones de disminución de daños. A partir de aquí los ejemplos de regulaciones paternalistas aparentemente razonables se revelarían como no razonables o como no paternalistas (de paternalismo duro).

11.1. Concepciones de la autonomía personal

A juicio de Joel Feinberg, la palabra “autonomía” tuvo su aplicación originaria a los Estados e instituciones, con el sentido de auto-normarse, auto-determinación o auto-gobierno, siendo aplicada derivativamente a los individuos, por lo que la noción de autonomía personal es una metáfora política. La concepción de Joel Feinberg de la autonomía personal toma muy en serio esta metáfora; para entender su uso derivativo a los individuos, Joel Feinberg aconseja partir de su aplicación originaria a los Estados⁸⁹.

⁸⁸ Feinberg, Joel: “Legal paternalism”, *cit.* p. 8.

⁸⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, *cit.*, p. 28. Igualmente, véase: Feinberg, Joel: “The Idea of a Free Man”, en *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty (Essays in Social Philosophy)*, ed. Princeton University Press,

Un Estado autónomo es un Estado *independiente* y con frecuencia (sobre todo cuando ha alcanzado recientemente la independencia) se le denomina un Estado *libre*.

Joel Feinberg distingue cuatro sentidos principales de “autonomía” cuando la palabra se aplica a los individuos: la autonomía como *capacidad*, como *condición real de autogobierno*, como un *ideal de carácter* que se deriva de la anterior y como *autoridad soberana* (análoga a la de un Estado)⁹⁰.

La *autonomía como capacidad*, explica nuestro autor, es necesaria para disponer de la autonomía como condición real de autogobierno y como derecho. Esta autonomía viene determinada por “la capacidad (*ability*) de hacer elecciones racionales”⁹¹, entendida de manera que carecen de ella los niños, los dementes, los muy retrasados, los seniles y los comatosos, y la tienen virtualmente todos los demás. En el Derecho, solamente los que son capaces en este sentido son competentes jurídicamente. La competencia jurídica es una noción de todo o nada, se tiene o no se tiene, y relativa, se aplica a unas personas u otras dependiendo del contexto⁹². Hay personas que pueden ejercer más competencias que otras: por ejemplo, los menores de edad pueden ejercer menos competencias que los adultos, un juez puede ejercer algunas competencias (denominadas jurisdicción) que nadie que no sea juez puede ejercer, etc.

La capacidad que presupone la competencia jurídica es *naturalmente* una cuestión graduable. El Derecho, para dividir a los individuos en dos grupos, competentes e incompetentes jurídicamente, debe convertir esta capacidad natural en un concepto de todo o nada. Se trata de determinar, por tanto, un grado de autonomía como capacidad

New Jersey, 1980, pp. 18 y ss. (este artículo fue originalmente publicado en 1973 y presentado en el año 1971 como conferencia) En este ensayo Joel Feinberg se ocupa en especial de las relaciones de tipo conceptual entre la idea de libertad (*freedom*) usada en contextos sociales (aplicada a ciertas clases de ordenaciones institucionales y sistemas de control social) y la idea de un “hombre libre” (aplicada a cierto rasgo del carácter: la virtud de ser libre).

⁹⁰ Joel Feinberg destaca que a cada uno de estos sentidos de autonomía le corresponden sentidos paralelos de independencia, utilizados en relación con los Estados.

⁹¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 28.

⁹² Joel Feinberg usa la noción de competencia en el sentido amplio kelseniano, que se refiere tanto al ejercicio de poderes públicos (la jurisdicción) y privados (generalmente, llamada capacidad de obrar), como a la idoneidad para ser sujeto activo de un delito. Sobre esta noción de competencia véase: Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, ed. Porrúa, México, 1993, p. 161.

que sea suficiente para atribuir la competencia jurídica. Joel Feinberg explica, siguiendo a Daniel Wikler⁹³, que para que la determinación de la capacidad suficiente no sea arbitraria debe ponerse en relación la capacidad con un grupo de tareas determinado. La capacidad como concepto de todo o nada se define, entonces, como la “mínima capacidad relevante para una tarea”⁹⁴.

La capacidad que se requiere, explica Joel Feinberg, para adscribir a una persona la autonomía como derecho de auto-gobierno sería la mínima capacidad relevante para vivir nuestras propias vidas de acuerdo con los valores que hemos elegido. La “mínima capacidad” a la que se refiere Joel Feinberg implica que aquellos que se sitúan muy poco por encima del umbral de la competencia pueden conducirse de una manera que sea desacertada; pueden gozar de muy poca autonomía como condición real: “ser estúpido - dice Joel Feinberg-, no menos que ser sabio, es la sola prerrogativa del competente no-relativo”⁹⁵.

Una persona con la capacidad y el derecho de auto-gobierno puede no tener la oportunidad de ejercer sus derechos y capacidades. La *autonomía como condición* hace referencia a las circunstancias que deben darse para que un individuo tenga la oportunidad de ejercer sus capacidades o, incluso, sus derechos⁹⁶. Joel Feinberg añade que la “autonomía” en este sentido no es sólo una “condición”, sino una condición a la que se aspira como un ideal.

El auto-gobierno real requiere, en primer lugar, cierto grado de *suerte* que lo haga posible. Son innumerables las circunstancias que han de darse y que impedirían a un individuo poner en juego su capacidad de auto gobierno⁹⁷. Cuando la suerte no parecer ser

⁹³ Véase: Wikler, Daniel: “Paternalism and the Mildly Retarded”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism, cit.*, pp. 83-94.

⁹⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.* p. 30.

⁹⁵ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 30.

⁹⁶ A juicio de Joel Feinberg, la “presencia de alguna condición que permite un cierto tipo de hacer” se denomina una “oportunidad” cuando es externa al individuo (exterior al cuerpo y a la mente de una persona) y se denomina una “capacidad” cuando es interna, en “The Idea of a Free Man”, *cit.*, p. 6.

⁹⁷ Joel Feinberg señala las siguientes: cuando alguien se nos impone por la fuerza o cuando una enfermedad nos arroja en una estupor febril, delirio o coma, o si la pobreza me reduce a un objeto dependiente de la asistencia de otros. El “estupor febril”, el “delirio” o el “coma” no son, desde luego, condiciones externas al

relevante, añade nuestro autor, consideramos que la persona que de hecho se conduce autónomamente merece por ello alabanza. Por ello, la autonomía que de hecho tiene un individuo también se asocia, generalmente, con ciertos rasgos positivos del carácter: la condición real de autonomía es también un ideal, que se compone de un conjunto de virtudes relacionadas entre sí por la idea de auto gobierno⁹⁸. Presupuesta la oportunidad y la capacidad, sería una cuestión de grado la autonomía que de hecho puede ejercer una persona, dependiendo de su carácter⁹⁹.

La *autonomía como ideal* describe un “carácter tipo genuinamente digno de admiración y emulación en el mundo moderno”¹⁰⁰. Se trata, no obstante, de un ideal parcial porque es compatible el ser autónomo, en este sentido, y tener un carácter moralmente reprochable. La autonomía como ideal sería tan sólo un elemento necesario de cualquier ideal completo del carácter humano. En consecuencia, en igualdad de

individuo y, por tanto, no formarían parte de la “oportunidad” de llevar a cabo una determinada conducta, sino más bien de la “capacidad”.

⁹⁸ Joel Feinberg comenta un conjunto de “virtudes” relacionadas con la idea de auto-gobierno: ser dueño de uno mismo, individualidad, la autenticidad, el “hacerse a uno mismo”, ser el legislador moral de uno mismo, la autenticidad moral, la independencia moral, la integridad, la auto-disciplina, la confianza en uno mismo, la iniciativa y la responsabilidad.

⁹⁹ El concepto de autonomía como condición de Joel Feinberg es muy complejo, en mi opinión, porque el autor introduce junto a las oportunidades (circunstancias externas), las capacidades (circunstancias internas) y las virtudes (rasgos del carácter que son valorados positivamente). Quizás aquí podría ser útil acudir al análisis de la noción de “poder hacer” llevado a cabo por G. H. von Wright. Este autor distingue entre “acto-individual” y “acto-genérico”; los primeros los realiza un individuo determinado en una ocasión espacio-temporal concreta (la acción de Bruto de matar a Cesar, por ejemplo) y, los segundos, son cualquier clase de actos: por ejemplo, matar, correr, etc. “Poder hacer” tiene un significado distinto cuando se refiere a un “acto-individual” que cuando se refiere a un “acto-genérico”. En el primer caso, el único criterio que tenemos para decir que alguien “puede hacer” tal cosa es el éxito en lograr hacerla: a esto le llama G. H. von Wright “poder hacer de logro”. En el segundo caso, el “poder hacer” necesita del agente “saber como” (una habilidad) y una razonable garantía de éxito con anterioridad al intento: se trata de el “poder hacer de habilidad”. Lo importante es que este último es independiente de la ocasión de actuar: por tanto, hay cosas que podemos hacer aunque fallemos en una ocasión particular porque, por ejemplo, alguien nos lo impide. Sin embargo, advierte G. H. von Wright, que no puede decirse que tengamos una habilidad de realizar un acto si, al menos, en la mayoría de las ocasiones en que nos lo proponemos no conseguimos realizar ese acto. Si no me equivoco Joel Feinberg se refiere a dos cosas diferentes con la expresión “autonomía como condición”: por un lado, se refiere al “poder hacer de logro”, es decir, al poder que un agente tiene en una ocasión particular de actuar autónomamente y, por otro lado, se refiere al “poder hacer de habilidad” en la medida en que esta habilidad va más allá del mínimo de la requerida por la autonomía como capacidad (podría decirse que se refiere a la “destreza” de conducirse autónomamente). Véase: von Wright, G. Henrik: *Norma y acción (Una investigación lógica)*, ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 66 y 67.

¹⁰⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 44.

condiciones es mejor ser autónomo que no¹⁰¹. Joel Feinberg advierte, además, que todo ideal de autonomía debe estar limitado por la certeza de que somos animales sociales: “el ideal de una persona autónoma –dice nuestro autor- es el de un individuo auténtico cuya auto-determinación es tan completa como consistente con el requerimiento de que él es, por supuesto, miembro de una comunidad”¹⁰².

El último sentido de autonomía es el de *autonomía como derecho*. Aquí la propuesta de Joel Feinberg se basa directamente en el sentido originario del término “autonomía” aplicado a los Estados y que en el derecho internacional equivale a “el derecho soberano de auto-determinación”¹⁰³. Joel Feinberg se refiere a la noción tradicional de autonomía como soberanía de un Estado¹⁰⁴ y no a la más reciente noción de autonomía política que se opone, precisamente, a la concepción tradicional de la soberanía. Efectivamente, en el actual discurso político, la *autonomía política* es algo graduable, delegado y un privilegio (revocable), mientras que la *soberanía* es indivisible, original y un derecho (no revocable). “La soberanía en este sentido –dice Joel Feinberg- es lo que una nación “reconoce” en otra cuando admite que la otra es una nación independiente, como opuesto a un territorio vacío, a una tierra ocupada sólo por tribus errantes sin instituciones políticas estables, o a un segmento regional o colonia de otro país”¹⁰⁵. Los elementos esenciales de un Estado soberano (expresión que, a su juicio, constituye un pleonasma) son territorio y jurisdicción.

¹⁰¹ La autonomía es un ideal parcial en todo caso por esta razón: por su compatibilidad con defectos morales que, incluso, pueden derivar en un carácter general peor. La integridad, por ejemplo, que es una de las virtudes enraizada en la idea de auto-gobierno, tiene consecuencias terribles ejercida por un Robespierre. Igualmente, la independencia puede ser muy bien ejercida (llevada a su máximo desarrollo) por un individuo que no adquiera compromisos con nadie. Sin embargo, Joel Feinberg entremezcla con esta razón otra que, en mi opinión, no tiene que ver con lo que hace *parcial* al ideal de autonomía sino con lo que hace *ideal* a la autonomía como condición real; me refiero a la idea aristotélica de que las virtudes son un término medio y que es compartida por Joel Feinberg: “son virtudes –nos dice- sólo cuando sus elementos existen en su justo punto, ni muy poco ni demasiado” (*Harm to Self*, p. 46). Hubiera sido más claro, por ello, describir la condición real de autonomía como un conjunto de rasgos del carácter relacionados con la idea de autogobierno (no como un conjunto de virtudes) que, ejercidos en su justo punto, constituyen el conjunto de virtudes que definen un ideal de carácter autónomo. Virtudes que, aun siendo tales, pueden ser insuficientes para componer un carácter ideal.

¹⁰² Feinberg, Joel: *Harm to Self*, *cit.*, p. 47.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Debe distinguirse esta noción de “soberanía del Estado” de la de “soberanía *en* el Estado” a la que se refiere, por ejemplo, John Austin.

¹⁰⁵ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, *cit.*, p. 48.

Joel Feinberg nos propone construir el concepto de autonomía individual como si se tratase de la “soberanía personal”, la cual implicaría jurisdicción sobre cierto “territorio”. Ahora bien, ¿cómo se delimitan los límites (las fronteras) de la soberanía individual? A esta cuestión se dedica el apartado siguiente.

11.2. Soberanía personal y sus límites

El derecho de autonomía personal, de acuerdo con Joel Feinberg, presupone la idea de una especie de “territorio” sobre el cual el individuo es soberano. Dentro de este territorio es plausible sostener que se incluiría, en primer lugar, el *cuerpo* de una persona, de manera que seríamos soberanos sobre lo que se hace o no con nuestro cuerpo. En segundo lugar, también parece razonable incluir un *espacio vital* (*breathing space*), en el cual el individuo pueda libremente aceptar o rechazar ciertas experiencias o la mera presencia de otro sujeto. Este derecho a un espacio vital corresponde a uno de los diversos sentidos que se le suele dar a la expresión “derecho a la intimidad” (*privacy*). A diferencia de los territorios de los Estados, el “territorio” individual varía dependiendo de las circunstancias y no cabe duda de que cuando el sujeto entra en los lugares públicos su espacio vital se reduce al mínimo, de la misma manera que cuando se halla en su domicilio o en sus tierras este espacio se extiende hasta coincidir con los límites de su propiedad. Ahora bien, Joel Feinberg afirma que una concepción plausible del derecho de autonomía debería incluir algo más que el control sobre nuestro propio cuerpo, el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y derechos de propiedad de tierras. Dado que el núcleo central de la idea de autonomía es el derecho a elegir y decidir libremente, considerando el conjunto de decisiones y opciones que correspondería tomar al individuo, parece que el más básico derecho de autonomía sería “el derecho a decidir cómo se vive la propia vida, en particular cómo se toman las decisiones vitales críticas”¹⁰⁶. Joel Feinberg defiende, en resumen, que el propio cuerpo, cierta esfera de espacio vital (donde se incluiría el domicilio y la propiedad) y las decisiones importantes de nuestra vida deben caer, sin ninguna duda, dentro de los límites de la soberanía individual¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 54.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

La principal dificultad que plantea esta concepción de la autonomía (soberanía) personal, explica Joel Feinberg, es si la misma se aplica también a la miríada de pequeñas decisiones y opciones de menor relevancia que puede tomar un individuo: por ejemplo, la decisión de ponerse o no el cinturón de seguridad o de llevar o no casco en la moto. A su juicio, limitar las fronteras de la soberanía individual a los intereses que son centrales, vertebradores, fecundos o que son expresivos de la persona de una manera esencial e importante¹⁰⁸, es una forma de resolver la discusión entre el liberal y el paternalista en torno a casos triviales como los del cinturón de seguridad. Esta postura sería conceptualmente respetuosa con la idea de que la soberanía es un concepto de todo o nada, al situar los límites de la soberanía personal de tal manera que proteja sólo, pero *absolutamente*, las decisiones importantes de la vida. La alternativa sería seguir el criterio de John S. Mill para trazar las fronteras de la autonomía: las decisiones auto-referentes, aquellas que primaria y directamente afectan sólo a los intereses del que las toma, pertenecen a la soberanía individual; mientras que todas aquellas decisiones que son hetero-referentes, que directamente y en primera instancia afectan a los intereses o las sensibilidades de otras personas, caen fuera¹⁰⁹.

Joel Feinberg, a pesar de las ventajas que reconoce a la primera postura en la discusión sobre el paternalismo, termina afirmando que el criterio correcto para delimitar el territorio de la soberanía individual es la clásica distinción entre la conducta auto-referente y hetero-referente. Las razones que le llevan a descartar el criterio más restringido que podríamos denominar “de las decisiones importantes” son, en resumen, las siguientes:

1) La primera sería “que es difícil aplicar un concepto restringido de la soberanía personal de manera que no parezca arbitraria”¹¹⁰; así lo mostraría, a su juicio, las decisiones del Tribunal Supremo estadounidense sobre el denominado “*right to privacy*” (por ejemplo, según este Tribunal este derecho protegería el ver películas pornográficas en el domicilio particular, pero no –todavía en el momento en que Joel Feinberg escribe-

¹⁰⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 93.

¹⁰⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 56.

¹¹⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 93.

las relaciones homosexuales entre adultos que consienten y en privado)¹¹¹. “Lo correlativo de la vaguedad en un criterio –sentencia nuestro autor- es la arbitrariedad en su aplicación”¹¹².

2) La segunda razón sería la constatación de que las diferencias individuales crean grandes dificultades para el criterio restrictivo de los límites de la soberanía. Lo que para unos puede ser una interferencia *trivial* con su libertad para otros puede no serlo: por ejemplo, para los moteros californianos el casco puede significar una negación de su estilo de vida aventurero, un símbolo de la vida prudente que ellos rechazan.

La conclusión a la que llega nuestro autor es que

“no hay tal cosa como una ‘interferencia trivial’ con la soberanía personal; ni es simplemente otro valor a ser pesado en comparaciones coste-beneficio. En este aspecto, si no en otros, una interferencia trivial con la soberanía es como

¹¹¹ La doctrina jurisprudencial de la “*privacy*” estadounidense es diferente de nuestra concepción del “derecho a la intimidad” y se asemeja mucho a la idea de la soberanía personal elaborada por Joel Feinberg: la *privacy* se refiere a un ámbito en el que el individuo debe reinar sin limitaciones. La elaboración doctrinal de este “*right to privacy*” por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos comienza con el caso *Griswold v. Connecticut*, en relación con una ley penal del Estado de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos “por cualquier persona”, permitiendo la persecución penal de cualquier médico que hubiera aconsejado su uso, como si fuera el autor principal. El doctor Griswold fue acusado en aplicación de esta ley y apeló a sus convicciones personales para aconsejar un medio anticonceptivo. La mayoría del tribunal consideró que esta ley contravenía un derecho a la *privacy* tácitamente incluido en la Constitución Federal. El juez Douglas explicó de qué manera este derecho sin nombre estaba tácitamente presupuesto por los derechos explícitos. En primer lugar, este juez afirmaba que el derecho implícito es una condición necesaria para la satisfacción del derecho explícito y, en segundo lugar, el derecho innominado está presupuesto por la única justificación (*only coherent rationale*) que puede ser propuesta para el derecho explícito. El juez Douglas explicaba que todos los derechos constitucionales explícitos muestran una zona “penumbra” donde deben buscarse los derechos implícitos: por ejemplo, al derecho de la libertad de expresión le corresponde una penumbra de derechos implícitos donde estaría la libertad de preguntar, de leer, de enseñar, etc. En esta línea de argumentación del juez (a ésta añadía otra en la que parecía entender la “*privacy*” en su sentido más familiar) las diversas zonas de *privacy*, o la *privacy* en singular que resultaría de la intersección de todas ellas, constituyen “una zona de discreción individual” (Joel Feinberg). Una serie de sentencias posteriores del Tribunal Supremo estadounidense fueron ampliando paulatinamente el ámbito de la *privacy*, favoreciendo la idea de que se había aceptado una concepción milleana de la autonomía personal, es decir, basada en la distinción entre conducta auto y hetero-referente: así, por ejemplo, en el famoso caso *Roe v. Wade*, el Tribunal reconoció a todas las mujeres embarazadas el derecho, derivado del derecho a la *privacy*, de decidir si interrumpir o no sus embarazos. No obstante, a estas sentencias siguieron otras totalmente contrarias a esta interpretación milleana de la *privacy*: por ejemplo, considerando que ésta no alcanzaba a las parejas que vivían en “público adulterio” o a los adultos que mantienen relaciones homosexuales consentidas y en privado. Joel Feinberg duda de que la interpretación milleana de esta doctrina haya sido la correcta siquiera en algún momento de la historia jurisprudencial del Tribunal Supremo: a su juicio, lo que esta historia muestra es que se han considerado como “privadas” tan sólo a las decisiones auto-referentes más básicas. Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, pp. 87 y ss.

¹¹² Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 93.

una invasión menor de la virginidad: la lógica de estos conceptos es tal que un valor es respetado en su integridad o no lo es en absoluto”¹¹³.

También en referencia a los límites de la soberanía individual, Joel Feinberg enfrenta el problema de si el individuo debe ser considerado soberano para renunciar a su propia libertad. Aquí es necesario distinguir si se trata de una renuncia total o sólo de una renuncia parcial. Sobre lo primero, ilustrado por el supuesto discutido por John S. Mill de la entrega voluntaria en esclavitud, Joel Feinberg es de la opinión de que nada impide desde una concepción de la soberanía individual admitir estas renunciaciones voluntarias a la soberanía y que tampoco hay razones para presuponer que sean necesariamente decisiones involuntarias (volveremos sobre este ejemplo desde el punto de vista del paternalismo blando). En cuanto a las renunciaciones parciales, Joel Feinberg distingue los siguientes tipos:

- 1) *Casos fáciles*: cuando la elección del ser futuro o la elección del ser presente es sustancialmente menos que voluntaria.
 - 1.a) *Cuando hay razones para pensar que la decisión del ser futuro no es suficientemente voluntaria*: por ejemplo, si le pido a un amigo que me despierte a las 5 de la mañana y que no me haga caso si cuando lo haga le pido que me deje durmiendo;
 - 1.b) *Cuando hay razones para pensar que la decisión del primer ser era insuficientemente voluntaria*: por ejemplo, cuando alguien en estado de depresión profunda me pide que no le permita hacer algo en el futuro y, posteriormente, en un estado normal desea revocar ese compromiso.
- 2) *Casos difíciles*: cuando las decisiones de “ambos seres” parece ser igualmente voluntarias.

Sobre estos últimos, Joel Feinberg sostiene que la teoría de la soberanía individual exige que la primera decisión debe ser respetada: un ser soberano puede disponer de su libertad para el futuro. La idea de que se dan sucesivos seres, uno primero que ata al posterior, es –advierte Joel Feinberg– tan sólo una forma de hablar que no debe ser tomada en serio. Desde luego, reconoce nuestro autor, quienes sostienen la posición contraria parten de una diferente concepción de la identidad personal, a partir de la cual el

¹¹³ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 94.

conflicto de decisiones se plantea, precisamente, como un conflicto entre dos personas soberanas. Joel Feinberg critica en particular los intentos en este sentido de Donald H. Regan¹¹⁴ y Derek Parfit¹¹⁵.

Donald H. Regan propone como ejemplo de la existencia de dos seres soberanos sucesivos el caso del ciclista imprudente (primer ser) que después de sufrir un gravísimo accidente (segundo ser) tiene una nueva apreciación sobre la virtud de la prudencia. A juicio de Joel Feinberg, no se trata aquí de un completo cambio de valores en el individuo: si el ciclista cambia, como el propio Donald H. Regan reconoce, tan sólo en ciertos aspectos, entonces afirmar que es un “nuevo ser” constituye sólo una forma confusa de hablar. Es muy diferente, explica nuestro autor, forzar a un ciclista a ser prudente para proteger a otra persona, que justificar la interferencia en estos mismos términos cuando lo que se quiere decir es que cuando el ciclista sea más prudente verá lo acertado de la intervención¹¹⁶.

Por su parte, Derek Parfit plantea un supuesto que, como el propio Joel Feinberg reconoce, es el ejemplo más convincente de cambio en la identidad personal. En resumen, el caso es el siguiente: un socialista, que sabe que en el futuro heredará gran cantidad de tierras y desea repartirla entre los pobres, desconfía de cambiar de opinión con el tiempo, por ello decide firmar un documento por el que las tierras pasarán, al recibir la herencia, automáticamente a manos de los pobres, disposición que sólo podrá ser revocada por su esposa. A continuación, el socialista le hace prometer a su esposa que si en el futuro le pide que revoque la donación, no le haga caso. Llegado el momento, efectivamente, el heredero le pide a su esposa que revoque la donación¹¹⁷. ¿Qué debe hacer esta? Si acepta,

¹¹⁴ Véase: Regan, Donald H.: “Paternalism, Freedom, Identity and Commitment”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism, cit.*, pp. 113-138.

¹¹⁵ Véase: Parfit, Derek: “Later Selves and Moral Principles”, en Montefiore, A. (comp.): *Philosophy and Personal Relations*, Londres, 1973; e, igualmente, Parfit, Derek: *Reasons and Persons*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1984.

¹¹⁶ La posición de Joel Feinberg puede explicarse de la siguiente manera: los intentos de justificación basados en la idea de los sucesivos seres son una forma persuasiva de presentar la justificación basada en el consentimiento futuro (cuando el ser maduro aceptará la intervención) o hipotético (si madurara aceptaría la intervención).

¹¹⁷ Parfit, Derek: “Later Selves and Moral Principles”, en Montefiore, A. (comp.): *Philosophy and Personal Relations, cit.*, p. 145.

estará restringiendo el derecho del “primer ser” a determinar el conjunto de su vida; si no acepta, será respetuosa con el compromiso del “primer ser” pero le estará negando al segundo ser el derecho a auto-determinarse. La solución de Joel Feinberg es que el deber de la mujer permanece porque el heredero renunció al derecho de liberar a la mujer de su obligación (las promesas –recuerda Joel Feinberg- no pierden validez ni siquiera por la muerte).

11.3. Autonomía y bienestar

Frente a esta manera de delimitar el ámbito de la autonomía individual, basada en la distinción entre conducta hetero-referente y conducta auto-referente, el paternalista parece verse abocado o bien a no tener ninguna concepción de la autonomía individual (entendida como soberanía personal), o bien a trazar de manera diferente los límites de la autonomía; en concreto, a través de las nociones de interés auténtico o real de los individuos. La primera alternativa haría del paternalismo una posición inaceptable. En cuanto a la segunda, a juicio de Joel Feinberg, se trata de una muy limitada concepción de la autonomía individual porque subordina el derecho a la autonomía al bien del propio individuo.

Tan sólo habría, explica nuestro autor, cuatro maneras estándar de tratar la relación entre la autonomía personal y el bien personal:

1) *El derecho a la autodeterminación se deriva completamente de su idoneidad para alcanzar el bien personal.* Desde este punto de vista, el derecho a la autodeterminación no es soberano y podemos ejercerlo sólo porque, y en la medida en que, promueve nuestro bien. Ésta es una forma de ver las cosas que conviene al paternalista y, curiosamente, también parece ser el punto de vista de John S. Mill. Sin embargo, lo que éste hace es establecer una conexión tan fuerte entre autodeterminación y bien personal que en la práctica siempre se corresponden (y, sobre todo, si quien ha de suplantar al propio juicio de los individuos es el Estado).

2) *Hay una correspondencia invariable entre autodeterminación y bien personal.* Desde este punto de vista, la interferencia siempre supone un mal mayor que el que

podiera derivarse del ejercicio de la autodeterminación (John S. Mill también parece sostener este principio cuando condena sin excepciones las intervenciones paternalistas).

3) *El derecho a la autodeterminación es totalmente inderivable y más básico moralmente que el valor del bien individual.* Según esta posición, si bien las decisiones que toman los individuos pueden dañarles, los demás no tienen derecho a obligarles a actuar de otra manera por su propio bien. Ésta es la interpretación de la relación entre autonomía y bienestar que se sigue de la concepción de la autonomía como soberanía individual.

4) *La autonomía individual no es derivable pero tampoco más básica que el propio bien de los individuos.* Desde este punto de vista, cuando se plantea un conflicto entre la autodeterminación y el bien personal hay que ponderar qué principio tiene más peso en el caso.

De estas posiciones, la 1 y la 4 apoyan el paternalismo, mientras que la 2 y la 3 se oponen a él. Con más fuerza la posición 3, que es la que Joel Feinberg prefiere. De acuerdo con la misma, la autonomía siempre gana. La única forma de paternalismo que cabría justificar sería la del paternalismo blando o débil, es decir, el orientado a “impedir conductas que son dañosas para los propios sujetos, pero sólo cuando son sustancialmente involuntarias o es necesaria una intervención temporal para establecer si es voluntaria o no”¹¹⁸.

A continuación, veremos cuáles son los criterios para determinar o bien que la conducta de un individuo es sustancialmente involuntaria, o bien que es necesaria una intervención temporal para determinar su grado de voluntariedad.

11.4. La voluntariedad en la adopción de riesgos

El principio de paternalismo jurídico se orienta a evitar daños auto-infligidos a los individuos. Estos daños pueden ser consecuencia de la acción directa del sujeto dañado o consecuencia de la acción de un sujeto diferente, pero que actúa con el consentimiento o

¹¹⁸ Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism, cit.*, p. 9.

a requerimiento del sujeto dañado. Por otro lado, el paternalismo no sólo trata de evitar acciones que dañan directamente sino también aquellas, mucho más frecuentes, que entrañan riesgos de daños. Con respecto a todas estas acciones, para la estrategia del paternalismo blando lo importante es determinar cuándo son insuficientemente voluntarias.

En cuanto a las acciones que suponen riesgos para el propio individuo que las emprende, Joel Feinberg nos propone hacer dos distinciones: primera, entre riesgos razonables e irrazonables y, segunda, entre riesgos voluntarios e involuntarios.

Ninguna actividad está totalmente exenta de riesgos, por ello es indispensable saber distinguir entre *riesgos razonables y no razonables*¹¹⁹. Desde luego, no hay una fórmula matemática que solucione el problema, pero —explica Joel Feinberg— hay una serie de consideraciones relevantes al respecto; si un riesgo es o no razonable dependerá de: 1) El grado de probabilidad de que el daño se produzca, 2) la seriedad del posible daño, 3) el grado de probabilidad de que se consiga el objetivo que se persigue y por el que estamos dispuestos a asumir riesgos, 4) el valor o importancia de tal objetivo y 5) la necesidad del riesgo, es decir, la existencia de otras alternativas de acción menos arriesgadas¹²⁰. Es fácil advertir cómo se ha de operar con estos criterios, de manera que cuanto mayor sean 1 y 2, más irrazonable será el riesgo y, por el contrario, cuanto mayor sean 3, 4 y 5 más razonable será. Pero también es fácil advertir que el factor 4 introduce un inevitable elemento de subjetividad en la razonabilidad del riesgo.

Desde el punto de vista del paternalismo blando, la intervención se justifica no porque el riesgo sea extremo, sino porque además sea tan manifiestamente irrazonable, en relación con sus componentes objetivamente verificables, como para *presumir* un defecto de racionalidad (*impaired rationality*) en el actuar¹²¹. Aquí merece la pena destacarse un importante cambio de opinión de nuestro autor, puesto que, aunque en su primer artículo sobre el paternalismo en el año 1971, afirmaba igualmente que el derecho del Estado a

¹¹⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 101.

¹²⁰ Feinberg, Joel: “Legal Paternalismo”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit. p. 6 y Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 100.

¹²¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 103.

evitar que los individuos asumieran riesgos no debía basarse únicamente en que el riesgo es muy alto sino en que éste es *manifiestamente irrazonable*, no exigía, sin embargo, que lo manifiestamente irrazonable fuera prueba de un defecto de racionalidad¹²². Joel Feinberg admite que, en ocasiones, hay muy buenas razones para juzgar también que el objetivo mismo que se persigue es manifiestamente irrazonable, “pero queda por ver –nos dice- si (o cuando) este tipo de irrazonabilidad puede ser una razón suficiente para la interferencia”¹²³.

La segunda distinción, entre *riesgos asumidos voluntariamente* y *riesgos no asumidos voluntariamente*, se entrecruza, en opinión de Joel Feinberg, con la anterior; de manera que una persona puede asumir riesgos tanto razonables como irrazonables de forma voluntaria o no voluntaria. La voluntariedad es, en la concepción de Joel Feinberg, una cuestión de grado. En un extremo están los actos “perfectamente voluntarios”. Los requisitos de una decisión perfectamente voluntaria difícilmente se dan en la práctica, pero Joel Feinberg nos propone considerar “completamente voluntarias” aquellas decisiones que se aproximan en la escala a este ideal. En el otro extremo, se hallan las decisiones “involuntarias”. Éstas no son verdaderas decisiones o elecciones del individuo: son *lo que uno hace con su cuerpo* cuando no tiene control sobre sus músculos o cuando no sabe lo que realmente está haciendo (por ejemplo, echar cianuro en la comida creyendo que es sal). Las decisiones relativamente “no voluntarias” caerían cerca de este extremo.

Combinando las dos distinciones resultaría la siguiente tabla de acciones arriesgadas:

	Riesgos asumidos de forma completamente voluntaria	Riesgos asumidos de forma menos que completamente voluntaria
Riesgo de daño para uno mismo razonable	(1) P. ej.: la mayoría de las actividades cotidianas,	(2) P. ej.: distracciones o, cosas hechas sin pensar, que

¹²² Véase: Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 7.

¹²³ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.* p. 103.

	como conducir un coche	no suponen peligro alguno
Riesgo de daño para uno mismo irrazonable	(3) P. ej.: ¿fumar?	(4) P. ej.: Conducir borracho a gran velocidad en una carretera privada que está vacía.

Como bien señala Joel Feinberg, toda la controversia filosófica se centra en la categoría (3):

“El paternalista duro está dispuesto a prohibir cualquier adopción de riesgos irrazonable: categorías (3) y (4); el paternalista blando está dispuesto a impedir tan sólo la adopción de riesgos peligrosos y no voluntarios: sólo la categoría (4). En conclusión, el paternalista duro prohibiría, y el paternalista blando permitiría, la adopción voluntaria de riesgos irrazonables (asumiendo que pueden estar de acuerdo en que existen actos en esta categoría)”¹²⁴.

El alcance de la estrategia del paternalismo blando depende de lo importante que se conciba el conjunto de casos que caerían en la categoría 3 del anterior cuadro. Si tan sólo algunas extrañas o anecdóticas decisiones o acciones cabrían ser calificadas como irrazonables a la vez que voluntarias, entonces poca diferencia práctica habrá entre el paternalista duro, decidido a evitar que las personas asuman riesgos irrazonables, y el (anti)paternalista blando, decidido a evitar que las personas asuman riesgos irrazonables de forma involuntaria.

Joel Feinberg sostiene, desde luego, que la categoría 3 no es un conjunto vacío. A su juicio, la creencia en que toda asunción de riesgos irrazonable es involuntaria tiene que ver, en primer lugar, con la confusión entre decisiones y/o acciones *irrazonables* y las decisiones y/o acciones *irracionales*. La racionalidad es un concepto que, en opinión de nuestro autor, tiene su uso primario como propiedad de un sujeto: el sujeto irracional es un incapaz, un demente, alguien que no está en el uso de sus facultades mentales. Los actos irracionales, un concepto derivado del anterior, se caracterizan por ser los propios de un actor irracional. Los tipos de decisiones irracionales que Joel Feinberg tiene en mente son (1) medios que son patentemente inapropiados para sus propios fines, (2) deducciones inválidas a partir de sus propias premisas, (3) apartamientos graves de los

¹²⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 106.

propios ideales y (4) acciones basadas en ilusiones grotescas y en distorsiones de la realidad¹²⁵. Los actos irrazonables, sin embargo, comúnmente son realizados por personas competentes; precisamente, porque se trata de actos que no son irracionales se adscriben al sujeto que los realiza, pero por ser también irrazonables se le culpabiliza de ellos. Fumar, explica Joel Feinberg, es un típico acto irrazonable llevado a cabo cotidianamente por personas racionales¹²⁶.

Aunque, en ocasiones, se utiliza “irracional” en el sentido de “extremadamente irrazonable”, hay otro uso, explica nuestro autor, en el que “irracional” e “irrazonable” son defectos distintos: de un lado, lo “irrazonable” se sitúa en una escala que parte, en uno de sus extremos, de lo “sabio” o “sensato” y llega, en el otro extremo, a lo alocado (*foolish*), imprudente o perverso; de otro lado, lo “irracional” se refiere a algún tipo de incapacidad cognitiva seria que deja a su poseedor en la incompetencia.

La persona irrazonable se puede caracterizar como aquella que se aparta de los modelos de razonabilidad desarrollados por economistas y filósofos (a pesar de que estos modelos suelen calificarse con el adjetivo “racional” -por ejemplo, modelo de “racionalidad económica”-, a juicio de Joel Feinberg, sería más propio referirse a ellos como “modelos de razonabilidad”). De acuerdo con estos modelos, la persona razonable

“tiene un conjunto de objetivos en armonía, les atribuye peso cuidadosamente y los ordena de manera que sabrá cuanto sacrificar del de menor peso para obtener más del de mayor, cuando no pueda obtener ambos; selecciona cuidadosamente los medios que con más probabilidades maximizarán la realización de sus fines, evitando aquellos que por tener costes demasiado altos serán contraproducentes; evita las decisiones impulsivas, y siempre que es posible elige después de una cuidadosa deliberación: diversifica sus inversiones para protegerse contra desastres imprevistos; balancea sus deseos presentes contra los de los días y años próximos, su juventud contra su mediana y tercera edad, y trata a todos sus futuros seres de la misma manera, rechazando el sacrificio de uno por el otro”¹²⁷.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Self* cit., pp. 107-108.

Si este individuo completamente racional (“razonable” en la concepción de Joel Feinberg) lleva a cabo actos irrazonables en alguna ocasión, lo hará contra sus valores y preferencias establecidas y estos actos no son “por ello buenos ejemplos de irrazonabilidad voluntaria”¹²⁸ ¿Dónde encontraremos, a juicio de Joel Feinberg, los casos de irrazonabilidad voluntaria? En primer lugar, en la persona que actúa de forma irrazonable por rasgos del carácter como, por ejemplo, una auto-indulgencia excesiva, pero que no asume este rasgo como defecto, ni siente remordimientos por sus actos; él es como es y no se plantea cambiar. En segundo lugar, en la persona que sufre *lapsus* de irrazonabilidad y que ha convertido estos *lapsus* en algo habitual, en una disposición a actuar de esa manera; esta persona puede sufrir el “mal llamado –dice nuestro autor– síndrome ‘debilidad de la voluntad’, una disposición a actuar en una forma que en el momento sabemos que es irrazonable”¹²⁹. Sobre este último e importante caso (recordemos la importancia que al mismo le daba Gerald Dworkin), Joel Feinberg añade que para el sujeto que sufre de debilidad de voluntad: “infligiría su autonomía coaccionarlo a tener un comportamiento auto-referente más razonable, pero él puede sin embargo ejercer su autonomía, si otros están de acuerdo en cooperar, solicitando esa coacción por adelantado, a la manera de Ulises en el mástil”¹³⁰. En tercer y último lugar, la persona que es irrazonable por convicción: por ejemplo, los aventureros románticos. Sobre estos últimos, no hay que olvidar que, en propiedad, ni siquiera es correcto decir que se trata de individuos irrazonables, porque el modelo económico de decisión racional es formal, de manera que tan sólo nos habla de la coherencia de los objetivos y deseos. Pero tan sólo con la coherencia no podemos construir un modelo de comportamiento;

¹²⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 108.

¹²⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 109. Véase: Davidson, Donald: “¿Cómo es posible la debilidad de la voluntad?”, en Feinberg, Joel (comp.): *Conceptos morales*, ed. FCE., México, 1985, pp. 163-198. Creo que la posición de Joel Feinberg sobre el problema de la debilidad de la voluntad se puede resumir en tres puntos: (1) no hay una solución clara a esta paradoja extraordinariamente difícil: “debemos entender –dice Joel Feinberg–, en primer término, lo que apenas podían entender Platón y Aristóteles, es decir, cómo un hombre, cualquier hombre, puede hacer voluntariamente lo que ‘dadas las circunstancias considera indebido’” (p. 29, *op. cit.*); (2) no cabe duda de que la acción que lleva a cabo la persona por su debilidad de voluntad es completamente voluntaria; de manera que Joel Feinberg, junto con Donald Davidson, se aparta de la interpretación de este fenómeno hecha por autores como Hare (*Freedom and Reason*) según la cual el *akrates* actúa arrebatado por la pasión o trastornado por la emoción (Feinberg, Joel (comp.): *Conceptos morales*, cit., p. 174); y (3) si el comportamiento del *akrate* se caracteriza por definición como voluntario, la interferencia paternalista viola su autonomía. Sobre el problema de la debilidad de la voluntad en general, véase: Mortimore, Geoffrey (ed.): *Weakness of Will*, ed. MacMillan St. Martin’s Press, Bristol, 1971.

¹³⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 108.

necesitamos, además, que se nos proporcionen algunos valores últimos que sean los que determinen la coherencia de nuestros deseos, acciones y objetivos. La cuestión es si juzgamos la irrazonabilidad de un individuo a partir de nuestros valores o de los suyos. Si una persona asume un riesgo tan alto que creemos que es irrazonable, bien pudiera ser que en ese momento su juicio esté perturbado y su decisión no sea completamente voluntaria, pero también es posible que la decisión no sea irrazonable de acuerdo a sus propios valores.

11.5. El estándar de la voluntariedad

Una vez que se ha determinado que es posible asumir riesgos, incluso irrazonables, de manera voluntaria, queda, no obstante, por determinar cuándo hay realmente voluntariedad en la adopción de riesgos y cuando no. Se ha dicho que para Joel Feinberg la voluntariedad es una cuestión de grado, la cuestión es cómo determinar qué grado de voluntariedad en una acción se requiere para que no sea legítima la restricción paternalista. Nuestro autor explica que la cuestión es de una notable complejidad y que un buen punto de partida consiste en descartar aquellos estándares de voluntariedad que son demasiado altos y aquellos que son demasiado bajos. De un lado, como ejemplo de un estándar de voluntariedad demasiado bajo, Joel Feinberg, nos propone la noción de “acción voluntaria” de Aristóteles. De acuerdo con la cual son voluntarias todas las acciones no realizadas por (1) compulsión y (2) por causa de ignorancia de las circunstancias. Estas condiciones se configuran en la doctrina aristotélica de forma tan estricta que la voluntariedad es compatible con, por ejemplo, actuar bajo amenazas¹³¹. De otro lado, también Aristóteles nos proporciona una ilustración de un estándar de voluntariedad demasiado alto con su noción de “elección deliberada”. La “deliberación” aristotélica es un proceso que requiere tiempo, toda la información relevante, una mente perfectamente clara y una racionalidad desarrollada¹³². De nuevo, aquí hay un importante cambio de opinión de nuestro autor: en su artículo de 1971, Joel Feinberg considera que la asunción voluntaria de riesgos corresponde, precisamente, a lo que Aristóteles denomina “elección deliberada”. De esta manera, en su primera aproximación al

¹³¹ La compulsión a la que se refiere Aristóteles es equivalente a la pérdida de control del propio cuerpo y la ignorancia se refiere a supuestos como el de echar cianuro en la comida creyendo que es sal. Véase: Aristóteles: *Ética Nicomáquea*, III, 1110 a.

¹³² Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 114.

problema de la justificación del paternalismo, las tesis de Joel Feinberg permitían considerar como insuficientemente voluntarios (y, por tanto, susceptibles de intervención paternalista justificada) a un número muy elevado de actos¹³³. Como él mismo reconoce posteriormente, partiendo de esta noción de acción voluntaria, “la interferencia con el comportamiento auto-referente peligroso estaría con mucha frecuencia justificada, y el paternalismo blando diferiría en poco en su aplicación del paternalismo duro”¹³⁴.

A juicio de Joel Feinberg, el estándar de voluntariedad correcto depende de las circunstancias, los intereses en juego y los propósitos jurídicos o morales a que debe servir; se trata por ello de un concepto variable. No obstante, circunscribiéndose al problema de determinar qué intervenciones con la conducta auto-referente pueden estar justificadas, el sentido común, explica Joel Feinberg, sugiere algunas reglas prácticas (*rules of thumb*):

- 1) Cuanto mayor sea el riesgo de una conducta, tanto mayor debe ser el grado de voluntariedad requerido para permitir la conducta.
- 2) Cuanto más irremediable sea el daño arriesgado, tanto mayor debe ser el grado de voluntariedad requerido para permitir la conducta.
- 3) El estándar de voluntariedad debe adaptarse de otras maneras a las diversas circunstancias especiales.

De estas tres reglas, la tercera requiere de alguna aclaración: Con ella, nuestro autor, se refiere a cómo puede influir la descripción de la acción en la determinación del estándar de voluntariedad correcto. La acción de otorgar un testamento cuando el otorgante es obligado a hacerlo por un individuo armado puede considerarse involuntaria

¹³³ “Acciones elegidas –dice Joel Feinberg- son aquellas que son decididas tras una *deliberación* y ésta es un proceso que requiere tiempo, información, una mente clara y facultades racionales altamente desarrolladas. Cuando uso frases tales como “acto voluntario” –continúa Joel Feinberg-, “consentimiento genuino y libre”, etc., me refiero a actos que son más que “voluntarios” en el sentido aristotélico, actos que el propio Aristóteles hubiera llamado “elección deliberada”. Tales actos no sólo tienen su origen “en el agente”, también representan al agente fielmente en un sentido relevante: ellos expresan sus valores y preferencias estables. En el sentido más pleno, en conclusión, son acciones por las que el agente puede asumir la responsabilidad”. Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism, cit.*, p. 7. Hay que advertir, no obstante, que Joel Feinberg consideraba en esta primera obra que la intervención paternalista se justificaba no sólo porque la acción peligrosa no fuera voluntaria, en este sentido, sino que además, debía ser *sustancialmente* no voluntaria.

¹³⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 114.

bajo la simple descripción de “firmar un testamento”, pero si la descripción es “ejercer la limitada opción permitida por el hombre armado” puede correctamente describirse como voluntaria. En general, los requisitos de voluntariedad que se exigen para determinar la invalidez jurídica de un acto, o para adscribir responsabilidad, suelen ser los de un estándar de acuerdo con las circunstancias *normales*.

11.6. La presunción de no voluntariedad

El último aspecto general de la estrategia del paternalismo blando se refiere a cuándo es correcto sentar una presunción de no voluntariedad. Hay que tener en cuenta que el paternalista blando justifica dos tipos de intervenciones, diferentes aunque íntimamente relacionadas: por un lado, se justifican las intervenciones orientadas a evitar daños que el sujeto se puede auto-infligir (o consentir que se le inflijan) cuando su acción o consentimiento no es voluntario y, por otro lado, se justifican las intervenciones orientadas a establecer si la conducta del individuo es realmente voluntaria cuando se dan circunstancias para presumir que no es así.

La justificación para este tipo de intervención se basa en una máxima de experiencia sobre la voluntariedad de cierto tipo de actos que entrañan daños o riesgo de daños. Lo que se presume, aclara Joel Feinberg, sobre estos “comportamientos presumiblemente involuntarios” es que el actor no ha escogido lo que realmente quiere hacer y que hubiera actuado de otra manera si se le hubiera dado la oportunidad. La presunción siempre deber ser, no obstante, derrotable por la prueba de que el comportamiento era voluntario. Además, la presunción no implica nada con respecto a la carga de la prueba: sería poco respetuoso con la autonomía individual, aclara Joel Feinberg, exigir a las personas que prueben que son competentes y que de una forma libre y sosegada desean llevar a cabo un “acto presumiblemente involuntario”.

No debe haber, a juicio de nuestro autor, muchos tipos de actos que estadísticamente sean con claridad “presumiblemente no voluntarios”. Puede haber algunas categorías bien establecidas de diagnóstico psiquiátrico: por ejemplo, auto-mutilación de genitales, cegarse o producirse el tipo de lesiones que se conocen como estigmas. Otra categoría de casos sería aquella en la que podríamos situar el famoso ejemplo de John Stuart Mill de la persona que se dispone a cruzar un puente en mal

estado. Otros casos, como por ejemplo el suicidio, se prestan menos a la “presunción fácil”. En estos últimos, cuando la interferencia para comprobar la voluntariedad está justificada, no es generalmente, señala Joel Feinberg, a causa de una inicial probabilidad de no voluntariedad, sino por la magnitud e irrevocabilidad de los daños en juego.

11.7. Paternalismo blando en los casos de una sola parte

En los casos de una sola parte la interferencia paternalista está justificada sólo cuando la acción arriesgada o dañosa que lleva a cabo el sujeto *B* no es lo suficientemente voluntaria. Desde el punto de vista del Estado, como hemos visto, el principio de paternalismo blando, en estos casos de una sola parte, consiste en un principio *negativo* para las autoridades de acuerdo con el cual ciertas conductas paternalistas de los particulares no deben ser prohibidas, a saber, aquellas conductas de interferencia con la conducta arriesgada o auto-dañosa de otro: por ejemplo, interferir con el intento suicida de una persona aparentemente demente no debe ser un crimen. En los casos de dos partes, sin embargo, el principio de paternalismo blando es indistinguible del principio de daño a terceros, pues éste, no hay que olvidar, está mediado en su aplicación por la máxima *volenti non fit injuria*¹³⁵.

¿Por qué –debemos preguntarnos- Joel Feinberg atribuye exclusivamente un carácter negativo al principio de paternalismo blando en los casos de una parte? ¿Por qué no podría fundar este principio una prohibición penal absoluta de ciertas conductas peligrosas y auto-referentes? Fundamentalmente, porque siempre habría una alternativa menos restrictiva, a saber, el establecimiento de procedimientos que permitan garantizar la voluntariedad en la acción: por ejemplo, la exigencia de licencias, comparecencia ante agencias de control, información sobre riesgos, etc.

La existencia de una voluntad suficiente en la acción se determina más fácilmente de forma negativa, es decir, constatando la inexistencia de vicios de la voluntad. Los factores que pueden reducir la voluntariedad de un acto son los siguientes:

- 1) Compulsión;

¹³⁵ Véase apartado 5.3. de este capítulo.

- 2) Creencias erróneas o ignorancia;
- 3) Enajenaciones transitorias;
- 4) Incapacidad¹³⁶.

De estos factores, a juicio de Joel Feinberg, el error y la compulsión son con mucho los más problemáticos para los casos de una sola parte, por lo que deja para el análisis de los casos de dos partes lo relativo a la enajenación transitoria y la incapacidad¹³⁷.

11.7.1. La compulsión en la adopción de riesgos

La “compulsión” es un concepto complejo que cubre múltiples factores. Habría dos tipos fundamentales de compulsión: la externa y la interna. La interna se refiere a deseos difíciles de controlar que pueden calificarse de neuróticos, obsesiones, inhibiciones e incapacidades. La compulsión externa, que es un concepto más manejable, se refiere, por un lado, al movimiento forzado (que es la compulsión en sentido propio) y, por otro lado, a la presión coercitiva (la elección forzada de un mal menor) que, a su vez, puede tener origen en la naturaleza o en otros individuos¹³⁸. La sub-categoría de compulsión en sentido estricto o “movimiento forzado” no es problemática desde el punto de vista moral, para el tema que estamos tratando. En cuanto a la subcategoría de “presiones coercitivas”, tampoco es fácil encontrar ejemplos en los que la intervención paternalista tenga sentido y se justifique en un defecto de voluntariedad que tenga su origen en estas presiones. Si una persona es coaccionada por otra a saltar al vacío, amenazándola con una muerte peor, desde luego que su decisión de saltar no es voluntaria, pero nuestra acción de evitarlo sólo puede tener sentido si, además, la rescatamos de la coacción del otro sujeto: esto es más un rescate que paternalismo¹³⁹. Lo mismo puede decirse si la coerción tiene un origen natural: no tiene sentido impedir a

¹³⁶ Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 150 y ss.

¹³⁷ Las enajenaciones transitorias se tratarán bajo el epígrafe de la incapacidad.

¹³⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 151.

¹³⁹ Éste sigue siendo un caso de una sola parte porque el individuo se inflige directamente el daño al saltar (o al tomar la decisión de saltar). Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 146.

alguien huir del fuego por la cornisa de su piso en la planta 5^a porque es arriesgado, si no le podemos rescatar de morir abrasado.

Ahora bien, habría algunos casos de presión coercitiva para que un sujeto asuma riesgos que podrían dar lugar a plausibles intervenciones paternalistas. Se trata de casos en los que la coacción es de una especie muy sutil, que depende del contexto y de las características de la persona coaccionada, y que se apartan del modelo del asaltante que nos amenaza con una pistola. Joel Feinberg nos propone como ejemplo el caso de Steve Lewis, personaje que sufrió graves heridas al tratar de saltar sobre dos coches mientras estos pasaban por debajo de él a 100 millas por hora, en un programa de televisión llamado “Esto es increíble”. El señor Lewis consiguió una indemnización de la productora por los daños sufridos (entre ellos, la amputación de un pié) alegando que había sido coaccionado. Lo que ocurrió fue que el señor Lewis, llegado el momento de rodar el salto, manifestó que no se sentía preparado y pidió que se pospusiera; ante esto, la productora le presionó para hacerlo y el director, parece ser, le gritó: “¡quiero que saltes ya! ¡Tenemos un avión que coger! ¡Se está haciendo de noche...¡ Salta!”¹⁴⁰. A juicio de Joel Feinberg, si un espectador de la escena hubiera impedido a Lewis saltar, de acuerdo con el principio de paternalismo blando, estaría libre de responsabilidad penal y también de responsabilidad civil frente a los productores por las pérdidas de la cancelación del rodaje¹⁴¹.

Con todo, en cuanto a la compulsión, la sub-categoría más importante, en los casos de una sola parte, es la que tiene origen en el interior del individuo. Los psicólogos suelen caracterizar el comportamiento neurótico como obsesivo-compulsivo. Las neurosis parecen ser un vasto truco del ser humano para protegerse de la ansiedad y tensión extremas. Los mecanismos de defensa en que se manifiesta la neurosis se caracterizan por ser todas formas de comportamiento compulsivo (actuar o inhibirse compulsivamente), error (creencias ilusorias, sospechas paranoicas, etc.) o incapacidad (incapacidad para tomar decisiones, para disfrutar, etc.).

¹⁴⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit. p. 156.

¹⁴¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit. p. 157.

“¿Qué significa –se pregunta Joel Feinberg- compulsión neurótica?”¹⁴² En algunos casos, obsesiones e inhibiciones pueden operar en el individuo como verdaderas formas de compulsión propia, que con una fuerza irresistible se imponen a su voluntad. Sin embargo, en otros casos, el individuo neurótico puede no ser consciente de los mecanismos (de defensa) que guían su comportamiento; aquí, señala Joel Feinberg, la aplicación del término compulsión puede ser problemática.

Sobre la caracterización que los psicólogos hacen del comportamiento neurótico Joel Feinberg construye una argumentación crítica que pone en duda que merezca ser considerado como insuficientemente voluntario. En primer lugar, acude a la descripción de los rasgos centrales de la neurosis propuesta por Karen Horney. Según ésta, el comportamiento compulsivo neurótico se caracteriza principalmente por el contraste entre lo que es sentido como una necesidad y lo que es querido genuinamente (la diferencia entre lo que “yo quiero para evitar algún daño” y lo que “yo quiero”); un contraste entre la estructura neurótica que demanda compulsivamente la satisfacción de sus necesidades y el “ser real”, caracterizado por los deseos espontáneos¹⁴³. En segundo lugar, Joel Feinberg presenta algunas conjeturas sobre esta caracterización que cuestionan, en última instancia, la involuntariedad del comportamiento neurótico: Por un lado, se pregunta por qué no hemos de considerar que la estructura neurótica forma parte del “ser real”; de esta manera, el carácter compulsivo podría ser considerado como un defecto de carácter más junto a otros tales como la crueldad, la imprudencia, la irrazonabilidad, etc. Esta distinción entre “ser real” y “estructura neurótica” sugiere, a juicio de Joel Feinberg, que la compulsión neurótica es una especie de coacción a la manera de los casos de dos partes; aunque, y esto es una diferencia relevante, el “ser neurótico” insiste en que el “ser real” *no* sea consciente de la coerción a que es sometido. Por otro lado, el criterio de Karen Horney para distinguir entre genuinos deseos y necesidades neuróticas es que estas últimas son perseguidas (fanáticamente) más allá del umbral de la conducta auto-dañosa. Joel Feinberg opina, sin embargo, que esto solamente puede ser un aspecto del carácter neurótico de un comportamiento compulsivo, porque

¹⁴² Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit. p. 164.

¹⁴³ Véase: Horney, Karen: *The Neurotic Personality of Our Time*, ed. Routledge & Kegan Paul, London, 1937.

existen comportamientos compulsivos de los que se derivan daños para el individuo, pero que no consideraríamos como neuróticos: por ejemplo, fumar.

La cuestión entonces es “¿en qué difieren el modelo del comportamiento neurótico compulsivo de los meros hábitos fuertes, dado que estos últimos (especialmente en la forma de adicciones) pueden ser igualmente compulsivos?”¹⁴⁴ En parte, contesta Joel Feinberg, se trata de diferencias de grado; pero sólo en parte, porque típicamente el estilo de vida neuróticamente compulsivo combina el poder de la adicción con el auto-engaño y la racionalización de hábitos fuertes. Además, señala Joel Feinberg, cada comportamiento (compulsivo neurótico y no neurótico) tiene sus propias características auxiliares¹⁴⁵, su propia etiología y distinto modo de funcionamiento. En todo caso, Joel Feinberg advierte que si estos comportamientos deben ser considerados de diferente manera en orden a fijar su grado de voluntariedad, será lógicamente en razón de alguna propiedad del carácter neurótico diferente al mero comportamiento *compulsivo*. Quizás, sugiere nuestro autor, la profunda infelicidad que suele acompañar al comportamiento neurótico sea la causa de nuestra tendencia a considerarlo menos que voluntario.

Supongamos, propone Joel Feinberg, que sabemos que el fumador de marihuana, el deportista de alto riesgo o el temerario exhibicionista asumen altísimos riesgos para ellos mismos de forma neurótica compulsiva “¿Cómo debe afectar –se pregunta- en nuestros juicios de carácter práctico sobre la voluntariedad en la asunción de riesgos la introducción de este importante hecho acerca de sus motivaciones?”¹⁴⁶. A juicio de nuestro autor, no hay razón para no considerar su comportamiento compulsivo lo suficientemente voluntario como para impedir una intervención de otro sujeto al objeto de evitarle daños. De nuevo, Joel Feinberg se apoya para arribar a esta conclusión en la idea de que la neurosis forma parte de la persona tal cual es, de la misma manera que el temerario o el imprudente son tal cual son. Al adaptar el estándar de voluntariedad a las especiales circunstancias de la persona neurótica, Joel Feinberg rechaza la disociación de

¹⁴⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 166.

¹⁴⁵ Otros rasgos del comportamiento neurótico son la incapacidad para discriminar (el neurótico si busca reconocimiento lo busca de todo el mundo), la insaciabilidad (nunca es suficiente el reconocimiento) y la respuesta excesiva a la frustración. Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 167.

¹⁴⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 168.

seres propuesta por muchos psiquiatras para explicar la neurosis. En resumen, a su juicio, el individuo es compulsivo sin ser compelido por fuerzas *externas* a él¹⁴⁷.

Por otro lado, Joel Feinberg advierte de la poca relevancia práctica que, por varias razones, puede tener este problema. En primer lugar, porque no disponemos de métodos para diagnosticar la neurosis con un grado de fiabilidad suficiente como para justificar una interferencia en la libertad. En segundo lugar, el propio neurótico que asume riesgos negará enfáticamente, y con total sinceridad, que sus decisiones arriesgadas no sean verdaderamente suyas (además, lo puede hacer con brillantez, porque la neurosis no es lo mismo que un defecto de inteligencia). Finalmente, dado que el neurótico necesita desesperadamente su mecanismo de defensa, interferir con su libertad puede ser una terrible interferencia.

11.7.2. El engaño y el error en la adopción de riesgos

“La ignorancia natural y la creencia errónea –dice Joel Feinberg-, negligente o no, reduce la voluntariedad de la conducta auto-referente peligrosa cuando la ignorancia o el error es relevante, y es relevante cuando es ignorancia sobre el carácter o la magnitud de los riesgos asumidos, o cuando es ignorancia sobre la disponibilidad de alternativas”¹⁴⁸. Este tipo de factores que reducen la voluntariedad justificaría, a juicio de nuestro autor, una intervención temporal para impartir la información que restauraría la voluntariedad.

Joel Feinberg advierte que juicios excéntricos o, incluso, irrazonables sobre el valor de lo que es arriesgado o de lo que es perseguido con la acción no deben contar contra la voluntariedad del acto si no están basados en relevante y corregible ignorancia¹⁴⁹. Por otro lado, al juzgar la relevancia de la ignorancia se debe tener en cuenta el contexto del conocimiento general disponible: por ejemplo, seguramente hay riesgos en el consumo de marihuana que todavía no han sido bien establecidos y seguramente esta incertidumbre es suficiente para que no sea posible adoptar una decisión “perfectamente voluntaria”. Pero como ya se ha dicho, la noción de “voluntariedad perfecta” es estéril para nuestros propósitos morales: el consumo de

¹⁴⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 171.

¹⁴⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 159.

marihuana puede ser todo lo voluntario que se requiere de acuerdo con un estándar adaptado a las circunstancias reales. Joel Feinberg trae en este punto la distinción entre hacer algo “en ignorancia” y hacerlo “en razón de la ignorancia”. El fumador de marihuana actúa de forma suficientemente voluntaria si sabe, al menos, lo que no se sabe todavía de los efectos del consumo de esta droga. Lo mismo puede decirse con respecto a los deportes de riesgo. Si un patinador cree que el riesgo de que la capa de hielo en el lago helado se rompa es del 1%, cuando en realidad es del 99%, su acción de asumir el riesgo no es lo suficientemente voluntaria. Sin embargo, si el patinador sabe que desconoce cuál puede ser el grosor de la placa de hielo y, aún así, decide intentarlo y patinar, asume el riesgo de una forma suficientemente voluntaria.

Por último, Joel Feinberg se pregunta si se le ha de otorgar algún peso al hecho de que el error o la ignorancia relevante sea consecuencia del fraude cometido por otra persona. A su juicio, por lo que respecta al paternalismo esto no es relevante. Tan sólo en los casos de dos partes, que veremos a continuación, podría ser relevante en cuanto a la prueba de la insuficiente voluntariedad del consentimiento, puesto que si sabemos que A mintió a B para obtener su consentimiento a un acto del propio A dañoso para B, tenemos base para una presunción fuerte de que haya un déficit de voluntariedad en el consentimiento de B a causa de ignorancia.

11.8. Paternalismo blando en los casos de dos partes

En los casos de dos partes, explica Joel Feinberg, la estrategia del paternalismo blando es la misma que en los casos de una sola parte, es decir, distinguir entre acciones auto-referentes voluntarias e involuntarias y limitar la intervención estatal a las últimas. Si bien, en los casos de dos partes, los actos sobre los que se ha de juzgar la voluntariedad son “actos de consentimiento”.

Cuando el consentimiento a una acción peligrosa es muy extraño y difícilmente se otorgaría si no fuera por ignorancia, bajo presión o por deficiencias psicológicas, entonces, de acuerdo con la estrategia del paternalismo blando, el legislador puede prohibir tal acción en aplicación del principio de daño a terceros, presumiendo que en la práctica el consentimiento a un acuerdo de este tipo nunca es suficientemente voluntario.

¹⁴⁹ *Ibidem.*

Frente a aquellos casos raros en los que, con todo, el consentimiento es genuinamente voluntario, se podrían adoptar alguna de las siguientes estrategias:

1) Se justifica de todas formas la prohibición total porque es mejor que unos pocos sufran injusticia a que la sufran una mayoría (como resultado de la permisión total) o que se asuman los elevados costes de considerar caso por caso la suficiente voluntariedad del consentimiento.

2) Poner en funcionamiento “departamentos de equidad” que pudieran considerar apelaciones basadas en circunstancias especiales.

3) Establecer tribunales para determinar la voluntariedad de acuerdos específicos antes de otorgar licencias.

4) Establecer la completa permisión pero sólo después de garantizar una completa educación sobre riesgos, impartida directamente por el Estado o a través de agencias privadas autorizadas, y, quizás, otros mecanismos como asesoramiento obligatorio, exámenes, etc.¹⁵⁰.

La posición de Joel Feinberg es que los costes y dificultades prácticas de estos mecanismos son suficientes como para que esté justificado prohibir ciertas actividades peligrosas presumiendo su no voluntariedad. Ésta es, a su juicio, el tipo de consideraciones que parecen estar detrás de la prohibición general de la venta de drogas, o de la anulación del consentimiento a mutilaciones quirúrgicas o préstamos usurarios. En otros casos, en los que no se justifica una prohibición absoluta, la estrategia del paternalismo blando también puede aplicarse en orden a exceptuar de responsabilidad a terceras partes cuya intervención se debe a la sospecha de que el consentimiento del sujeto que va a ser dañado no es válido: por ejemplo, si vemos que alguien se dispone a disparar a otro en la cabeza y lo impedimos, aunque se tratara de un supuesto de auxilio al suicidio (permitido) nuestra intervención debería quedar libre de responsabilidad.

¹⁵⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 174-175.

11.8.1. Diversas nociones de “consentimiento”

Previamente a determinar si un consentimiento prestado es suficientemente voluntario (es un consentimiento válido), hay que determinar si se ha producido un consentimiento de hecho. Para ello es necesario distinguir entre el consentimiento como *mero estado mental de aquiescencia o aceptación* y el consentimiento es el sentido de *acto público*. Cuando un sujeto A pone en peligro los intereses de otro individuo B y pretende que su acción dañosa está justificada en el consentimiento del propio B, A debe apelar a algo más que la simple aquiescencia o estado mental de aceptación de B; A debe mostrar que cuenta con el consentimiento de B en el sentido de que cuenta con la *autorización* de B. Tan sólo el consentimiento como autorización produce el efecto de transferencia de la responsabilidad por el acto de A al sujeto B.

La existencia del consentimiento (válido o no) se torna problemática cuando el sujeto A no cuenta con el consentimiento explícito de B, al momento de realizar el acto, pero, aún así, A pretende que cabe presumir este consentimiento de B; A pretende que cuenta con el consentimiento subrogado de B. Los filósofos, explica Joel Feinberg, han propuesto al menos seis tipos diferentes de consentimiento subrogado. De ellos, dos, *consentimiento anterior* y *consentimiento tácito*, son formas del consentimiento real, que perfectamente trasladan la responsabilidad de la acción dañosa de A al sujeto dañado B (activan, puede decirse, la aplicación de la máxima *Volenti*). Una tercera categoría es la del *consentimiento disposicional* que, si bien no es un consentimiento real, bajo ciertas condiciones tiene el mismo efecto moral. Estas condiciones son, a juicio de nuestro autor, las siguientes: (1) hay muy buenas razones para creer (aunque sean razones de tipo estadístico) en la disposición de B a consentir en circunstancias de ese tipo; (2) no hay oportunidad en el tiempo disponible de solicitar el consentimiento directo; y (3) la intervención aparece razonablemente como necesaria para evitar una pérdida sustancial o un daño a la otra parte. Un cuarto tipo de consentimiento subrogado es el de un “*estado psicológico inferido*”¹⁵¹. Éste no es ni consentimiento real ni consentimiento disposicional. Su única relevancia moral es que puede servir de base para probar el consentimiento disposicional. Un quinto tipo es el de *consentimiento posterior*, que es un consentimiento real que puede o no producirse tras la realización del acto. A juicio de

¹⁵¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 181.

Joel Feinberg, este tipo de consentimiento siempre llega demasiado tarde como para ser operativo en el momento en que la decisión de intervenir debe tomarse¹⁵². El sexto y último tipo de consentimiento subrogado es el consentimiento hipotético-racional. Éste es, explica nuestro autor, una total falsificación del consentimiento real, cuya relevancia debe limitarse únicamente a los dos casos siguientes: a) como guía para el consentimiento por representación de algunas personas intelectualmente incompetentes, y b) como base para inferir el consentimiento disposicional de una persona competente y ausente, cuando esa persona es conocida como “prudente” y “razonable”. En ningún caso, este pseudo-consentimiento, advierte Joel Feinberg, puede sustituir a las elecciones explícitas de personas competentes, aunque estas elecciones sean irrazonables, alocadas, imprudentes o descuidadas con respecto a sus propios intereses¹⁵³.

11.8.2. Vicios del consentimiento

En este apartado, el problema a considerar será la validez del consentimiento cuando la parte que lleva a cabo la acción dañosa cuenta con el consentimiento explícito (o sus equivalentes consentimiento tácito o anterior) del sujeto dañado.

11.8.2.1. La coacción

Con respecto al análisis de la coacción en los casos de dos partes como un factor que reduce la voluntariedad, no hay que olvidar que los problemas se plantean, desde el punto de vista del paternalismo, en torno a los casos difíciles que plantean dudas sobre si se puede hablar de coacción. Para ello es inevitable, no obstante, partir de algunas consideraciones básicas sobre el concepto de coacción.

Para empezar, conviene recordar la situación que nos interesa: un sujeto *A* causa un daño a *B*, con el consentimiento de este último. Sin embargo, debemos comprobar si el consentimiento de *B* es válido y, en especial, si es un consentimiento libre de coacciones. Las coacciones pueden provenir de *A*, de un tercero o, incluso, de la naturaleza. Joel Feinberg centra su atención, por lo que al paternalismo se refiere, en el supuesto en el que

¹⁵² Una crítica más detallada a la noción de “consentimiento futuro” puede verse en el apartado 6.2.1. del capítulo II de esta tesis.

¹⁵³ Sobre el uso que de esta noción de “consentimiento hipotético racional” hace John Rawls en relación con el paternalismo, véase el apartado 4.2. del capítulo I de esta tesis.

la coacción proviene del mismo *A*. En el supuesto de que la coacción venga de un tercero y *A* de buena fe realiza lo que *B* consiente o requiere, no cabría exigirle responsabilidad criminal a *A*, pero tampoco a un agente paternalista que interviniera para impedir a *A* hacer lo convenido. En cuanto a que la coacción tenga un origen en las circunstancias, Joel Feinberg asume la posición de que estas “coacciones” constituyen el trasfondo de una decisión *voluntaria*, si bien hace dos advertencias muy importantes: la primera es que, en ocasiones, lo que aparece como mala suerte es obra de otros seres humanos (puede ser obra del mismo *A*) y la segunda es que puede haber buenas razones para impedir que alguien se aproveche de la mala fortuna de otro sin necesidad de acudir a la coacción como vicio del consentimiento (sobre esto volveremos más adelante)¹⁵⁴.

A) Definición y medida

Joel Feinberg define la coacción directa sobre una parte *B* por otra parte *A* cuando es suficiente para anular el consentimiento de *B* de la siguiente manera:

“*A* coacciona a *B* para aceptar su trato dañoso o peligroso de *B* en aquellos casos en que:

1. *A* exige que *B* consienta a ello;
2. *A* amenaza a *B* (o en algunos casos le hace una “oferta coercitiva”) con que él (*A*) le causará o no evitará algunas consecuencias que *B* desea evitar a menos que *B* cumpla su exigencia;
3. *A* da a *B* alguna prueba de la credibilidad de su amenaza, usualmente una demostración de su poder así como de su determinación a llevarla a cabo; y
4. a menos que *A* se esté faroleando (*bluffing*), *A* ha intervenido activamente en la red de opciones de *B* para adquirir el control del cambio de opciones relevantes; en particular, puede cerrar con firmeza la opción conjuntiva del no cumplimiento de la demanda por parte de *B* y la evitación de las consecuencias desagradables objeto de la amenaza por parte de *B*; y
5. *B* comprende la propuesta y está atemorizado por ella y, como mínimo en parte para evitar una de las desagradables consecuencias proyectadas, cumple con la demanda de *A*”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 195-197. Véase el apartado 12 de este capítulo.

¹⁵⁵ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 198.

Dado que la fuerza coactiva es una cuestión de grado¹⁵⁶, hemos de establecer criterios de cuándo esta presión es lo suficientemente fuerte como para considerar que el consentimiento prestado por B no fue lo “suficientemente voluntario”, a efectos de proteger los propios intereses de B. Joel Feinberg nos advierte, de nuevo, que el estándar de la “suficiente voluntariedad” del consentimiento puede variar dependiendo de si nuestro principal propósito es determinar la responsabilidad penal de A o sólo proteger paternalistamente a B (por ejemplo, podemos considerar que una donación de dinero hecha por B a A no fue lo suficientemente voluntaria y, por tanto, exigir la restitución del dinero, a la vez que absolver a A de responsabilidad penal).

Joel Feinberg señala que hay diversas concepciones sobre cuál es el estándar correcto para medir la fuerza coactiva. El grado de presión, explica nuestro autor, es una función de (1) cuánto teme un individuo al mal con que se le amenaza y (2) hasta qué punto está dispuesto a llevar a cabo lo que se le pide. Podemos imaginar dos escalas: una, donde se ordenan (de menor a mayor) diversas demandas, de acuerdo con el grado de disposición favorable del amenazado para cumplirlas y, otra, de amenazas, ordenadas por el grado de miedo que inspiran al amenazado. En la primera escala aparecerían, por ejemplo, demandas como las siguientes: (1) “ponme una taza de café”; (2) “consiente en tener relaciones sexuales conmigo”; (3) “traiciona a tus camaradas entregándome (al enemigo) secretos militares”; y (4) “haz estallar una bomba adosada a tu cuerpo”. En la segunda escala, aparecerían, por ejemplo, amenazas como las siguientes: (1) “me enfadaré momentáneamente”; (2) “te pegaré una bofetada”; (3) “te romperé las piernas”; y (4) “mataré a toda tu familia”. De acuerdo con el criterio que nuestro autor denomina de la “*fuerza coercitiva diferencial*”, el grado de presión coercitiva es la diferencia que hay entre el coste de la amenaza y el coste de la demanda que es presentada como única alternativa a la amenaza; para una persona con las escalas anteriores, la mayor presión

¹⁵⁶ “Forzar a alguien a hacer algo”, explica Joel Feinberg, admite diversos grados en una escala que partiría en uno de sus extremos, de la *compulsión en sentido estricto* (una opción de acción antes abierta se cierra, por medio de hacer imposible esa opción), pasaría por la *presión compulsiva* (la opción no esta cerrada, pero resulta ciertamente inelegible: por ejemplo, el miedo a la propia muerte puede ser paralizante y llevamos a cometer algunos actos que, si bien es cierto que podríamos no haber cometido, nadie consideraría que son nuestra elección), la *coacción en sentido estricto* (no destruye la alternativa de acción, pero sí destruye su “elegibilidad” incrementando el coste de una de sus acciones), la *presión coercitiva* (no es coacción efectiva porque el sujeto coaccionado está dispuesto a pagar el coste de elegir su alternativa preferida, sin tener en cuenta la coacción, pero, en la medida en que no *quiere* pagar ese coste está siendo coaccionado), y llegaría, en otro de los extremos de la escala, a la manipulación, persuasión, la tentación o el simple requerimiento. Feinberg, Joel: *Harms to Self*, cit., pp. 189-195.

coercitiva se daría entre la amenaza 4 y la demanda 1. No obstante, Joel Feinberg duda de que éste sea un buen estándar para medir la voluntariedad del consentimiento, dado que el diferencial determina que, de acuerdo con las escalas anteriores, la persona que es obligada a tener relaciones sexuales (2) bajo la amenaza de partirle las piernas (3) es menos coaccionada que aquella que es obligada a poner una taza de café (1) bajo la misma amenaza¹⁵⁷. Un estándar alternativo es aquél que toma como criterio únicamente el coste de la amenaza. Joel Feinberg propone denominarlo estándar de la “*fuerza coercitiva*”. Según éste, la misma presión coercitiva experimenta quien es amenazado con romperle las piernas para que acepte tener relaciones sexuales que para que acepte servir una taza de café. Sin embargo, señala nuestro autor, esta conclusión sigue siendo muy contra-intuitiva: si la amenaza para tener relaciones sexuales disminuyera en coste a, por ejemplo, romper una sola pierna (ligeramente inferior a la de romper las dos piernas), resulta insatisfactorio pretender que el individuo se sometió más voluntariamente a tener relaciones sexuales que a servir una taza de café. Por ello, Joel Feinberg propone un tercer estándar, que denomina de la “*carga coactiva total*”. Según éste, para medir la presión coercitiva se ha de sumar el coste de la amenaza y el coste de la demanda; de esta manera, en el ejemplo que venimos comentando, la demanda de tener relaciones sexuales (coste 2) bajo la amenaza de partir las piernas (coste 3) supone mayor presión (5) que la demanda de servir una taza de te (coste 1) bajo la misma amenaza (coste 3). Un último estándar es el del “*minimum coactivo*”. Según éste, lo que determina la presión coactiva es el coste de la mejor opción disponible: en el caso de la imposición sexual se trataría del coste 2 y en el de la demanda de servir una taza de te de coste 1. La ventaja del estándar de la “*carga coactiva total*” sobre el del “*minimum coactivo*” es que el primero toma en consideración ambos aspectos de la coacción: el grado de fuerza ejercida y la mayor o

¹⁵⁷ Sin embargo, ello no quiere decir que este criterio de la “*fuerza coactiva diferencial*” carezca de aplicaciones útiles. Por un lado, el estándar diferencial muestra que, por ejemplo, una persona B que experimenta casi el mismo rechazo a que le rompan las piernas (amenaza) que a mantener relaciones sexuales con A (demanda del que amenaza), sentirá tan sólo una pequeña presión para aceptar la demanda de A en lugar de sufrir la consecuencia (poco) más desfavorable. Esto no impide entender que la presión ejercida sobre B es enorme, si tenemos en cuenta que lo que B quiere es no tener que enfrentarse a las alternativas creadas por A. Por otro lado, en los casos en los que la coacción diferencial es negativa (B prefiere que le rompan las piernas a tener relaciones sexuales con A) es verdadero que la coacción de A no ha tenido éxito, pero sería confundir las cosas decir que por ello B no ha sufrido coacción. No obstante, en un caso así, el estándar diferencial puede tener utilidad: cuando hay razones para creer que existía una obligación moral de cumplir con la demanda en lugar de con la opción amenazada porque eso era el menor de los males considerando a todos los afectados, entonces cabría juzgar que la presión diferencial era insuficiente para considerar la elección de B insuficientemente voluntaria. Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, pp. 209-210.

menor disposición a cumplir la demanda Sin embargo, el estándar del “*minimum* coactivo” tiene la ventaja de que refleja mejor la idea de que el acto es menos voluntario cuanto menor es la disposición del sujeto a realizarlo, pero no necesariamente cuanto mayor sea la amenaza (así habría amenazas excesivas o irrelevantes más allá de un punto: si me amenazan con matarme si no indico la hora que es, el caso es que hubiera bastado mucho menos para “coaccionarme” a decir la hora). Joel Feinberg nos explica que esta dificultad para preferir un estándar sobre otro puede esconder una ambigüedad del término “voluntariedad”: Por un lado, si entendemos por “voluntariedad” el mayor o menor grado de disposición para realizar una acción de un individuo, entonces el mejor estándar para reflejarla es el del “*minimum* coactivo”; por otro lado, si entendemos por “voluntariedad” la ausencia de fuerza, entonces parece que es más adecuado el estándar de la carga coactiva total¹⁵⁸. La idoneidad de uno u otro estándar depende, en definitiva, de la finalidad del discurso:

“Si nos preocupa –dice Joel Feinberg– en nuestro papel de moralistas determinar hasta qué punto el coaccionado actuó bajo coacción (de mala gana), con frecuencia será suficiente con conocer el precio subjetivamente atribuido a esa demanda y el hecho de que la fuerza coactiva de la amenaza de hecho sobrepasa ese umbral. No es necesario conocer la medida de la coacción sobrante –el grado en que la fuerza coactiva excedió de lo necesario– en orden a juzgar el grado de reticencia real, esto es, el grado en que el actor elige “bajo coacción”. Si, por otro lado, nos preocupa como juristas saber la medida en que el coaccionado actuó bajo coacción, ya sea como parte de una investigación sobre la seriedad de la culpabilidad del que coacciona o del perjuicio causado por su comportamiento amenazante, o como parte de una investigación sobre el grado de constreñimiento psicológico ejercido contra el coaccionado, o cómo de libre era para actuar de otra manera, entonces querremos considerar la carga coactiva total bajo la que actuó”¹⁵⁹.

Hay que advertir que estas escalas, tal y como se han presentado, toman como referencia las preferencias subjetivas (en ocasiones llamadas “internas”) de *B*, pero que el análisis puede complicarse al introducir estándares objetivos (o “externas”), de manera que de lo que se trata es de determinar qué juicio haría una persona idealmente razonable en la situación de *B*. Estos estándares tienden a aplicarse sobre todo cuando la decisión de *B* afecta a terceros o al público en general y, especialmente, cuando *B* pretende que la

¹⁵⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 199 y ss.

¹⁵⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 208.

coacción que se ha ejercido sobre él puede eximirle de responsabilidad penal: por ejemplo, si *B* es torturado para que revele importantes secretos militares, su decisión de “hablar”, por más coaccionada que haya sido de acuerdo con los propios estándares de *B*, puede ser considerada suficientemente voluntaria por el Derecho, si el daño producido por la revelación es muy alto. Cuando lo que está en juego es exclusivamente el interés del propio *B*, Joel Feinberg cree que no se deben aplicar estándares diferentes a los del propio *B*, incluso si estos estándares son excéntricos desde el punto de vista del hombre medio o de un sujeto idealmente razonable¹⁶⁰.

B) Ofertas y amenazas

Junto a este tema de la forma correcta de medir la presión coactiva que es suficiente para que el consentimiento prestado por una persona sea menos que totalmente voluntario, el otro asunto que, a mi juicio, merece destacarse es el de las denominadas “ofertas coactivas”. Los casos más claros de coacción incorporan *amenazas* de un sujeto *A* a un sujeto *B* al objeto de obtener una demanda. Ahora bien, algunos ejemplos nos hacen pensar que también es posible coaccionar por medio de *ofertas*.

La distinción entre ofertas y amenazas es más compleja de lo que parece. Ambas son algo más que simples propuestas, porque incorporan una condición de reciprocidad, una demanda, respaldada en un caso por una oferta y en el otro por una amenaza. Típicamente, las propuestas que afectan a las preferencias de un sujeto (ofertas y amenazas) pueden ser vistas con la misma estructura bi-condicional:

- 1.- Si haces *Y*, entonces yo te haré *X*, y
- 2.- si no haces *Y*, entonces yo no te haré *X*.

En estas propuestas bi-condicionales, cuando se trata de una amenaza, encontramos un componente que es una amenaza y otro que no lo es: por ejemplo, (1) si

¹⁶⁰ No obstante, podrían aplicarse los estándares objetivos cuando se trata de establecer la responsabilidad penal del individuo que amenaza: por ejemplo, si *B* es un excéntrico que se siente coaccionado a entregar toda su fortuna a un individuo que le amenaza con pegarle una patada (y que sabe que *B* experimenta un horror irracional a ser pateado), podría considerarse que su consentimiento fue lo suficientemente voluntario para eximir de responsabilidad penal, pero insuficientemente voluntario para considerar que se produjo una donación conforme a derecho (de manera que *B* podría pretender la restitución). Véase: Joel Feinberg: *Harm to Self*, cit., p. 212.

no me das tu dinero, yo te mataré, y (2) si me das tu dinero, yo no te mataré. De la misma manera que cuando se trata de una oferta encontramos un componente que es una oferta y otro que no lo es: por ejemplo, unos padres le proponen a su hijo (1) si limpias tu habitación, te daré cinco dólares, y (2) si no limpias tu habitación, no te daré cinco dólares. A partir de aquí se puede ajustar la definición de ofertas y amenazas diciendo que en la medida en que una propuesta bi-condicional consista en un enunciado que expresa una amenaza y otro que no es ni una amenaza ni una oferta, se trata de una amenaza en conjunto; mientras que si consiste en un enunciado que expresa una oferta y otro que no es ni una amenaza ni una oferta, se trata de una oferta en su conjunto¹⁶¹.

Ahora bien, qué es una amenaza y qué es una oferta depende de lo que se pueda esperar cómo normal. Joel Feinberg nos propone dos interesantes ejemplos: Según el primero, un conquistador hobbesiano le dice a su enemigo recién capturado:

- 1.- Si no prometes obedecerme, te mataré (amenaza), y
- 2.- si prometes obedecerme, no te mataré (no amenaza)¹⁶².

A primera vista, explica Joel Feinberg, (1) parece una amenaza y (2) claramente no es una amenaza. Sin embargo, ¿acaso no podría considerarse, dadas las circunstancias del caso, que (2) es una oferta? Si atendemos al curso normal de los acontecimientos, en una situación como la presentada, es muy plausible la interpretación de (2) como una oferta. El conquistador *ofrece* a su enemigo vencido no hacer lo que normalmente (e, incluso, moralmente) se espera que haga, a saber, matarlo. Ahora bien, si (2) es una oferta, (1) no es una amenaza, porque el resultado proyectado en (1) es lo que de cualquier manera le hubiera ocurrido al cautivo. Una interpretación similar se podría hacer de la siguiente propuesta de un gobernador a un preso del “corredor de la muerte”:

- 1.- Si no aceptas ser objeto de un experimento, te ejecutaré, y
- 2.- si aceptas, conmutaré tu sentencia.

¹⁶¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 217.

¹⁶² Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 218.

Si por las mismas razones que acabamos de ver, debemos considerar a (2) como una oferta, entonces (1) no debe ser considerado una amenaza¹⁶³. La conclusión es que, en definitiva, para determinar si una propuesta que afecta a las preferencias de un sujeto *B* es una oferta o una amenaza es necesario determinar lo que es normal en ciertas circunstancias. De entre los diversos criterios que se han propuesto sobre lo que sería normal en una situación dada, Joel Feinberg opta por el denominado “test estadístico” o “test hipotético enriquecido”, de acuerdo con el cual, para determinar si una proposición es una oferta o una amenaza, hay que comparar la consecuencia proyectada en la alternativa menos favorable (la muerte, en ambos ejemplos) con un conjunto de circunstancias estadísticamente normal una vez que todo el episodio ha sido sustraído (es decir, en el supuesto contrafáctico de que el conquistador nunca hubiera hecho la proposición). Aplicando el test estadístico a los dos ejemplos presentados el resultado es que ambos son ofertas¹⁶⁴.

Ahora bien, que se trate de “ofertas” no implica necesariamente, al menos no se puede dar por supuesto sin más, que no se trate de propuestas coactivas. Desde luego, cualquier propuesta que afecta a las preferencias de un sujeto y que quepa ser correctamente descrita como una amenaza entraña un cierto grado de coacción. La cuestión que se plantea es si algunas ofertas también pueden ser coactivas. A juicio de Joel Feinberg, algunos ejemplos de “propuestas que afectan a las preferencias” son ofertas y coactivas a la vez. Los casos del conquistador hobbesiano, que ya hemos visto,

¹⁶³ La concepción de Joel Feinberg descarta, en consecuencia, que existan propuestas que afectan a las preferencias que sean casos mixtos de ofertas y amenazas.

¹⁶⁴ Además, del criterio estadístico se han presentado, al menos, cuatro criterios más de lo que es “normal” en una situación dada, esto es, de lo que es “esperable” en un “curso normal de los acontecimientos”: 1) el test “*talis qualis*”, que consiste en comparar la “consecuencia proyectada menos favorable” con un estado de cosas consistente en las exactas circunstancias que se obtienen una vez que hemos sustraído el acto proyectado (el estado de cosas, siguiendo con el ejemplo de Hobbes, en el que el cautivo no es ejecutado); 2) el test moral, que compara la “consecuencia proyectada” con un estado de cosas moralmente permitido u obligatorio; y 3) el test de Zimmerman, de acuerdo con el cual una propuesta es una oferta o una amenaza dependiendo de si la persona a la que se dirige prefiere (o no) pasar de la “situación pre-propuesta” a la “situación post-propuesta”. Joel Feinberg advierte que en el test estadístico, que junto con el propuesto por Zimmerman le parecen más plausibles, puede haber diversas generalizaciones con las que comparar la “consecuencia proyectada”. Tomando como término de comparación diferentes generalizaciones sobre una situación dada, la misma propuesta puede aparecer unas veces como oferta y otras como amenaza. Aunque Joel Feinberg no lo diga expresamente, hay que presuponer que siempre hay una generalización que es la que mejor encaja con la situación en la que se ha producido la propuesta. Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self*, *cit.*, pp. 216-228. Véase, igualmente, Zimmerman, David: “Coercive Wage Offers”, en *Philosophy and Public Affairs*, 10(1981); y Nozick, Robert: “Coercion”, en Peter Laslett, W.G. Runciman and Quentin Skinner (eds.): *Philosophy, Politics and Society*, ed. Basil Blackwell, Oxford, 1972.

o el propuesto por Robert Nozick del amo que propone a su esclavo que si realiza determinada tarea esa mañana hará una excepción en su costumbre matutina de azotarlo, le parecen a nuestro autor inusuales pero relativamente claros ejemplos de ofertas coactivas¹⁶⁵. Otros casos son menos claros: por ejemplo, el caso de un millonario que ofrece a una mujer (sin recursos económicos) el siguiente trato: si ella accede a tener relaciones sexuales con él, él pagará la muy costosa operación de su hijo; si no acepta, él no pagará la operación. En un caso así, de acuerdo con la concepción de Joel Feinberg, se trataría de una oferta, porque en la alternativa en que se encuentra la mujer la consecuencia hipotética que es favorecida por el millonario supone para la mujer un cambio favorable sobre lo que, dadas ciertas generalizaciones estadísticas, podía haber esperado en un curso normal de los acontecimientos (la muerte de su hijo). Sin embargo, es menos claro que esta oferta sea, además, coactiva.

Los casos claros difieren de este último más controvertido en que A (el proponente) no ha creado él mismo de forma deliberada las circunstancias de la vulnerabilidad de B que son explotadas por su oferta a B¹⁶⁶. Para estos ejemplos de explotación a través de ofertas se han dado tres respuestas diferentes:

(1) No son coactivas, porque producen un aumento en el número de opciones de B y la coacción, se afirma, no puede incrementar la libertad.

(2) La “postura compatibilista” (réplica a “1”): estos ejemplos son coactivos, aunque incrementen la libertad, porque son coactivos tanto en la intención de A como en los efectos sobre B.

(3) La posición de David Zimmerman: sólo son ofertas coactivas aquellas propuestas hechas por A cuando A mismo ha creado deliberadamente las circunstancias en las cuales B está atrapado y, entonces, A explota la vulnerabilidad que él mismo ha creado ofreciendo a B una alternativa que es preferida por éste sólo como un mal menor. Desde este punto de vista, habría ofertas que sin ser coactivas conllevan, sin embargo, explotación (aquellas en las que A no ha creado las circunstancias en que B está atrapado

¹⁶⁵ Véase: Nozick, Robert: “Coercion”, en Peter Laslett, WG. Runciman and Quentin Skinner (eds.): *Philosophy, Politics and Society, cit.*, pp. 115-116.

¹⁶⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 246.

pero se aprovecha de ellas): por ejemplo, el caso del millonario libidinoso y, probablemente, también el del gobernador que conmuta la pena de muerte a un preso a cambio de que éste se someta (voluntariamente) a ser sujeto de experimentación¹⁶⁷.

Joel Feinberg considera que la posición compatibilista es preferible desde el punto de vista estrictamente conceptual. No obstante, por lo que respecta a la cuestión más importante (qué tipos de influencias pueden invalidar el consentimiento de B a A a efectos de aplicar la estrategia del paternalismo blando) nuestro autor sostiene lo siguiente:

“las ofertas coercitivas hechas en circunstancias creadas deliberadamente por el ofertante con el propósito de explotar normalmente invalidan el consentimiento, mientras que las ofertas coercitivas hechas por una parte que no ha jugado ningún papel en la creación de las circunstancias de vulnerabilidad (aquellas que Zimmerman llama meramente “explotación) con mucha frecuencia no invalidan el consentimiento. Las primeras son simplemente sucesos destacados en completos episodios creados para socavar la libertad de B, mientras que las últimas aumentan la libertad de B en las circunstancias, de manera que su consentimiento puede ser suficientemente voluntario para ser válido dadas esas circunstancias (para ciertos propósitos)”¹⁶⁸.

En las ofertas coactivas que, a juicio de Joel Feinberg, no invalidarían el consentimiento (a efectos de la estrategia de la aplicación del paternalismo blando) falta uno de los tres elementos que típicamente se dan en toda transacción coactiva: el mecanismo coactivo empleado por A para producir la coacción (los otros dos son la intención de A de coaccionar y el efecto coactivo en B). En lo demás, la intención de A y los efectos en la conducta de B son iguales. Efectivamente, los casos paradigmáticos de coacción suponen una manipulación activa de las circunstancias por parte del que coacciona.

Los ejemplos más familiares de ofertas coactivas/explotadoras se encuentran en el ámbito de los intercambios comerciales. En ellos, dos personas, A y B, son negociadores

¹⁶⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 246; Véase, igualmente: Zimmerman, David: “Coercive Wage Offers”, cit.

¹⁶⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 246.

independientes, pero con una muy desigual fuerza negociadora: sucintamente, se puede decir que B necesita a A más que A necesita a B. Esto por sí sólo no produce, por supuesto, la anulación del contrato. Las circunstancias que han de darse para ello son las siguientes: una intención coactiva por parte de A, un efecto coactivo en B y, o bien, un coste demasiado elevado para B, o bien, una ganancia desproporcionada para A¹⁶⁹. Para que estemos ante uno de estos contratos abusivos o desmedidos (*unconscionable*), no es necesario que A haya manipulado las circunstancias para provocar la vulnerabilidad de B, basta con que A se haya encontrado a B en esas circunstancias¹⁷⁰.

Para el derecho de contratos, el consentimiento de la parte débil en estos supuestos no es válido, por lo que esta parte podría o bien, incumplirlo impunemente, o bien, si ya ha satisfecho su prestación, acudir al derecho de daños para obtener reparación o, incluso, al derecho penal.

Volviendo al ejemplo del millonario libidinoso, Joel Feinberg considera que una posición consistente con la doctrina jurídica sería la siguiente: 1) Si B contrata con A ser su amante permanente, pero después de la operación de su hijo se niega a hacerlo, B no sería responsable por la violación de contrato (su consentimiento no se consideraría suficientemente voluntario para ser válido, por la existencia de coacción); 2) sin embargo, para establecer la responsabilidad criminal de A (por ejemplo, por violación), el consentimiento de B no es lo suficientemente involuntario para ser considerado inválido, y 3) si B acuerda con A pasar varias noches con éste antes de la operación, ya no puede haber incumplimiento de contrato y la única cuestión que quedaría sería si B puede exigir reparación a A por el “dolor y sufrimiento” causado. Aquí, explica Joel Feinberg, el consentimiento de B se consideraría lo suficientemente voluntario como para no exigir a A responsabilidad civil extracontractual.

¹⁶⁹ Se trata de lo que en Derecho de contratos norteamericano se denomina “*unconscionable contracts*”.

¹⁷⁰ Los requisitos de la doctrina jurídica norteamericana (véase: *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*) para apreciar la existencia de un contrato de este tipo son los siguientes: (1) Debe ser coactivo o engañoso: coactivo, porque la parte débil no tiene una alternativa razonable a los términos ofrecidos por la parte fuerte y así fuerza al débil a elegir lo que parece el mal menor; o engañoso, porque la parte débil nunca llega a ser consciente de lo que está firmando (porque las cláusulas están escritas en letra pequeña o porque están escritos en oscura jerga legal); (2) Las condiciones del contrato deben ser severas (*harsh*) para la parte débil como consecuencia de la falta de escrúpulos de la parte fuerte; y (3) Las condiciones del contrato deben ser desiguales, suponiendo un enriquecimiento desproporcionado o excesivo para la parte fuerte.

C) *¿Cuándo un acto es lo suficientemente voluntario (no coaccionado) para que el paternalista blando no deba intervenir?*

¿Cómo explicar –se pregunta nuestro autor- toda esta relatividad? ¡El mismo acto de consentir se considera unas veces voluntario y otras no! A su juicio, la relatividad depende de variaciones en los modos y grados del efecto coactivo, variaciones en los modos y grados de la voluntariedad en tanto que afectada por la coacción y, quizás lo más importante, variaciones contextuales en los estándares de voluntariedad exigidos para la validez.

En cuanto a los modos y grados del efecto coactivo, hasta ahora han quedado establecidas dos premisas: una, los efectos coactivos sobre la elección son producidos tanto por amenazas como (en ocasiones) por ofertas y, dos, el efecto coactivo varía en grado dependiendo del grado de presión coactiva. Las variaciones más importantes aquí serían las siguientes: En primer lugar, cuando a lo que se consiente es moralmente turbio (*fishy*)¹⁷¹, explica Joel Feinberg, la medida relevante de la coacción puede ser la de “presión coercitiva diferencial”; de manera que si esta diferencia no es grande, el consentimiento puede ser considerado válido para ciertos propósitos. En segundo lugar, si queremos medir la presión coactiva que se produce al forzar a la víctima a escoger un mal menor en una elección forzada entre males (en lugar de un normal curso de acción en el que no hay necesidad de escoger cualquiera de los dos males), entonces la presión coactiva debe corresponder con el coste de la única opción desfavorable, de la alternativa favorecida por el proponente o del coste de la suma de las dos (carga coactiva total). En tercer lugar, hay que advertir la distinción entre propuestas coactivas cuyas consecuencias son valoradas por medio de los propios estándares del que las recibe o aquellas juzgadas por estándares objetivos o externos. El uso de estándares objetivos hace que ciertas elecciones sean consideradas más voluntarias de lo que lo serían de acuerdo con estándares subjetivos. Los estándares objetivos se usan cuando la elección tomada tiene efectos para terceros. Por tanto, es más fácil considerar una elección que sea efecto de la coacción como insuficientemente voluntaria, cuando se trate de una elección meramente auto-referente que cuando tiene consecuencias para otros. En cuarto lugar, se ha distinguido entre las propuestas coactivas que aumentan la libertad (algunas ofertas

¹⁷¹ Hay razones morales por las que B no debería satisfacer la demanda de A.

coactivas) y aquellas que disminuyen la libertad (todas las amenazas y aquellas ofertas en las que el ofertante mismo ha cerrado las opciones del destinatario). Pues bien, de acuerdo con nuestro autor, las propuestas coactivas que aumentan la libertad, aunque también reducen la voluntariedad del consentimiento, rara vez lo hacen hasta el punto de la invalidez. En quinto lugar, algunas ofertas coactivas son bastante más explotadoras que otras que pueden ser, no obstante, casi igualmente coactivas pero menos “desaprensivas”: los solos elementos de la severidad en los términos y la desigualdad pueden hacer inválido el consentimiento para ciertos propósitos jurídicos (particularmente en el derecho de contratos), cuando esos mismos acuerdos pero sin esos elementos, igualmente involuntarios, se considerarían jurídicamente válidos.

En cuanto a las variaciones en los modos y grados de voluntariedad en tanto que afectados por la coacción, hay dos cuestiones importantes: El grado en que la voluntariedad de un acto es afectada por la coacción, cuando no existen otros factores que reducen la voluntariedad, se corresponde con la escala de presión coercitiva: incentivos, presión coactiva mínima, más grande, extrema y, en el límite, pura compulsión. La otra variación se debe a la ambigüedad de los términos “voluntario” e “involuntario”: a veces, se entiende por voluntario “no forzado” y, a veces, se entiende “de buen grado”. El hecho es, señala Joel Feinberg, que la gente actúa en ocasiones bastante de buen grado bajo coacción, de manera que es voluntario en un sentido pero no en otro¹⁷².

Para propósitos morales, sostiene nuestro autor, siempre deberíamos usar el estándar subjetivo de la “buena disposición” para actuar (*willingness*), que está más cerca de la verdad sobre la motivación. Ésta es la aproximación más respetuosa con la individualidad y la autonomía. En el ámbito de los tribunales, estas escalas quedan casi siempre en la oscuridad y las legislaturas se ven igualmente obligadas por razones prácticas a formular reglas basadas en las preferencias presumibles del hombre medio. Sin embargo, allá donde el Derecho puede tomar en cuenta la “buena disposición” a consentir, sin caer en la arbitrariedad y oscuridad, debería hacerlo.

Propuestas que afectan a las preferencias que son coactivas en la intención y en el mecanismo pueden, sin embargo, no ser coactivas en el efecto, atendiendo a la buena

¹⁷² Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 256.

disposición de la persona afectada para cumplir con la propuesta. El uso de estos estándares subjetivos ilumina, explica Joel Feinberg, un caso de los más enrevesados que se han considerado en la justicia norteamericana: la participación voluntaria de prisioneros en investigaciones biomédicas o psiquiátricas. Joel Feinberg se refiere aquí a casos menos dramáticos que el ejemplo del gobernador que ofrece conmutar la sentencia de muerte si el condenado se presta a un experimento.

Los que se oponen a la investigación con prisioneros afirman que las prisiones son entornos inherentemente coactivos y restrictivos. Por el contrario, los que están a favor sostienen que la prohibición es una ofensa a la autonomía de los presos y que impide que estos se aprovechen de una de sus pocas oportunidades de ganar algo de dinero y de salir de la rutina carcelaria. En opinión de nuestro autor, “las ofertas de los investigadores bajo normas liberalizadas pero garantistas no tienen que ser necesariamente coactivas, porque en lugar de forzar una elección entre males, o entre un moderado bien y un mal intolerable, ofrece un incentivo positivo (medido según la línea de base normal en la rutina carcelaria) para escoger someterse a un riesgo cuidadosamente regulado (un mal relativamente menor)”¹⁷³.

Finalmente, la relatividad de los juicios sobre la suficiente voluntariedad de los actos se explica por las *variaciones contextuales en los estándares de voluntariedad exigidos para la validez*. La validez, a diferencia de la coacción o de la voluntariedad, no es una cuestión de grado; se trata de un concepto de todo o nada. Cuánta voluntariedad, explica Joel Feinberg, es necesaria para que un acto de consentimiento sea válido (con efectos legales) es, al menos parcialmente, una cuestión de política, que tiene que decidirse con referencia a una regla, ella misma justificada por las razones legislativas usuales de utilidad y justicia social. Estas reglas pueden establecer diferentes exigencias de voluntariedad dependiendo de la naturaleza del contexto (garantías implícitas en la compra de automóviles, investigación con presos, etc.) y el particular resultado jurídico que está en juego (la determinación de obligaciones contractuales, de responsabilidad

¹⁷³ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 260. A pesar de que el consentimiento a estas prácticas puede ser voluntario, la tendencia general es a prohibirlas. Joel Feinberg cree que hay tres razones que subyacen a esta tendencia: 1) la desconfianza sobre que el consentimiento de los presos sea sólo aparentemente voluntario, 2) la opinión de que es moralmente repugnante utilizar a los seres humanos como objetos de experimentación, y 3) la creencia en que, aunque se trate de un consentimiento suficientemente voluntario, es una práctica de explotación (no coactiva) que debe ser condenada.

criminal, aceptación de riesgos personales, etc.). Como hemos visto, se exige mucha más voluntariedad para determinar la validez de un contrato que para aceptar una justificación frente a la exigencia de responsabilidad penal.

Las variaciones más problemáticas se originan por “la relatividad de las líneas de base disponibles para medir la voluntariedad”¹⁷⁴. Podemos medir la voluntariedad de un acto en las circunstancias en que se produce tal y como son (*talis qualis*) o, si consideramos que las circunstancias mismas son inadecuadas, juzgar el acto de acuerdo con un trasfondo hipotético normal; “qué aproximación adoptamos –explica Joel Feinberg– será determinado tanto por consideraciones políticas como de justicia (*fairness*)”. En el caso de la experimentación de los prisioneros, juzgamos la voluntariedad de su decisión partiendo de la línea de base de lo que es normal en la vida carcelaria y la razón de ello es que asumimos que es esencial para el interés público que los delincuentes estén confinados y que no es injusto para ellos esa situación. En el ejemplo del esclavo de Robert Nozick, sin embargo, la oferta coercitiva hecha por el amo al esclavo podría ser voluntariamente aceptada, dadas las circunstancias de la esclavitud, pero en la medida en que esas circunstancias nos parecen injustificadas, se podría situar la aceptación del esclavo en un trasfondo sin esclavitud, de manera que su decisión sea lo suficientemente involuntaria para, incluso, exigir responsabilidad penal al amo.

D) Aplicaciones: usura, bigamia y extorsión

Las anteriores consideraciones sobre la coacción como un factor que reduce la voluntariedad del consentimiento y que, por tanto, puede invalidar el mismo arrojan luz sobre la dudosa justificación de algunos delitos que parecen fundamentarse, en última instancia, en consideraciones de paternalismo duro. De lo dicho se desprende con claridad que si A coacciona a B para que consienta a un acto de A que es dañoso o peligroso para B, entonces el principio del paternalismo blando, indistinguible del principio de daño a terceros, establece que A puede ser considerado penalmente responsable de su acción. Pero otras conclusiones menos obvias, y que nos sitúan en el contexto de problemas que suelen discutirse bajo la rúbrica de “paternalismo, deben ser extraídas. La primera es que cuando es B quien solicita o requiere a A, sin que intervenga

¹⁷⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 261.

la coacción de un tercero sobre B, que lleve a cabo un acto que daña o pone en peligro a B (en el sentido descriptivo de daño), si no media engaño por parte de A o el aprovechamiento de alguna incapacidad de B, entonces el consentimiento de B debe ser considerado plenamente voluntario. De la misma manera, cuando A demanda el consentimiento de B movido por la benevolencia, amistad, etc., o le ofrece a B un incentivo (positivo) para darlo, siempre que no concurren otros factores que reducen la voluntariedad, entonces, de nuevo, el consentimiento de B debe ser considerado válido. Incluso, señala nuestro autor, si A toma ventaja de una situación de vulnerabilidad de B, haciéndole una “oferta coactiva” explotadora, salvo que A haya intervenido activamente para crear las condiciones de vulnerabilidad de B, generalmente se considerará el consentimiento de B como válido. De aquí se desprende que el problema del “consentimiento coaccionado” surge sólo en relación con delitos que “consisten esencialmente en acciones de A que persiguen un acuerdo *quid pro quo* entre A y B, inicialmente propuestos por A, y que son peligrosos o patentemente dañosos para B”¹⁷⁵. En esta categoría se encontrarían los delitos tradicionales de usura, bigamia y extorsión. Por el contrario, es improbable que surja el problema de la coacción en relación con “delitos consistentes en favores o servicios gratuitos de A para B, originalmente demandados por B, a pesar de su carácter *prima facie* dañoso o peligroso”¹⁷⁶. En esta última categoría están, por ejemplo, los delitos de auxilio al suicidio y eutanasia. Veamos a continuación, brevemente, algunas consideraciones de nuestro autor sobre la usura, la bigamia y la extorsión.

En primer lugar, Joel Feinberg sostiene que hacer de la usura (prestar dinero con una tasa de interés muy elevada, exagerada) un delito, no encuentra fundamentación en los principios liberales. Los acuerdos usurarios son “coactivos” en el mismo sentido en que lo son los contratos abusivos. La circunstancia de que en estos acuerdos la parte más fuerte cumple primero con su prestación permite al Estado proteger a la parte más débil de la explotación, sin necesidad de amenazar a la parte más fuerte con la sanción penal; basta con fijar una tasa máxima de interés para proteger a los débiles¹⁷⁷. De esta manera,

¹⁷⁵ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 263.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ En España, la usura no es un delito pero sí que es un motivo de anulación del contrato. La Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, no establece un tipo máximo a partir del cual el interés se consideraría usurario, sino que formula una serie de criterios a partir de los cuales el préstamo sería

el prestamista no puede exigir judicialmente al prestatario el cumplimiento del pacto de pagar unos intereses que van más allá del máximo legal. Dado que el préstamo usurario no es válido, se pierde el incentivo para los prestamistas y la práctica de la usura es desalentada por el Derecho. Por supuesto, admite Joel Feinberg, los prestamistas pueden acudir a matones para asegurarse el cobro, pero estos medios ilegales son por sí mismos sancionables a través de delitos menos controvertidos.

En segundo lugar, Joel Feinberg considera que no hay una razón válida para hacer de la bigamia un delito¹⁷⁸. Desde el punto de vista del Derecho, un matrimonio bígamo no es un matrimonio en absoluto. Esta imposibilidad legal de contraer matrimonio con más de una persona al mismo tiempo ya es, a juicio de nuestro autor, suficiente para proteger los intereses personales y de orden público que pueden estar afectados, pero, admite, ésta es una opinión raramente compartida entre los autores. En opinión de Joel Feinberg, la bigamia puede ser un delito cuando es fraudulenta y orientada a proteger los intereses de la segunda mujer, pero cuando no hay engaños para las esposas no se ve razón para su criminalización: ni en relación con la primera esposa, que puede acudir al divorcio, ni en relación con la segunda esposa (que, en todo caso, más que víctima debería ser considerada cómplice del delito). En definitiva, para Joel Feinberg, este delito de bigamia (o el de poligamia) está orientado a proteger la moralidad pública y sólo podría “justificarse” de acuerdo con el principio no liberal del moralismo jurídico.

En tercer y último lugar, Joel Feinberg se refiere brevemente al delito de extorsión que, en un sentido amplio, se refiere a toda acción que consiste en tomar la propiedad de otro por medio de amenazas y que no cabe calificar como un delito más específico (robo

usurario y en consecuencia nulo: “1) los contratos de préstamo en que se estipule un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; 2) los contratos de préstamo en condiciones tales que resulten lesivas o leoninas, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a causa de su angustiosa necesidad, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales y 3) los contratos de préstamo en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias”. Véase: Fernández Costales, Javier: “El contrato de préstamo”, en *Iustel. Materiales para el Estudio del Derecho*, www.iustel.com

¹⁷⁸ Al incluir aquí el delito de bigamia sigo a Joel Feinberg, aunque éste no aclarará la cuestión de por qué trata a la bigamia como uno de esos delitos tradicionales con respecto a los cuales surge el problema de la coacción en el consentimiento. Más bien parece que si hubiera una razón respetuosa con los principios liberales del Derecho penal, tal y como Joel Feinberg los entiende, para apoyar la criminalización de la bigamia, ésta apuntaría, como sostiene Herbert L. A. Hart, a la prevención de ofensas a los sentimientos religiosos de una mayoría social o, como se ha sostenido en diversas ocasiones, a la evitación de engaños u otro tipo de daños para la primera mujer. Véase: Hart, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, cit., 1963, pp. 38 y ss.

o chantaje). En la extorsión, el que extorsiona obtiene lo que quiere obligando a la persona extorsionada a entregárselo. Se trata, sostiene nuestro autor, “de un modelo no problemático de daño ilegítimo infligido a otro forzándole a consentir”¹⁷⁹.

11.8.2.2. Falsas creencias

A) Distinciones fundamentales

Dentro del conjunto de situaciones en las que las creencias falsas de un individuo pueden afectar a la validez de su consentimiento, conviene distinguir, a juicio, de Joel Feinberg, las siguientes categorías¹⁸⁰:

Objeto Causa del error del error	Sobre lo que está siendo acordado	Sobre hechos relevantes	Sobre consecuencias futuras
Ignorancia o error	(1)	(2)	(3)
Engaño	(4)	(5)	(6)

Dentro de la categoría (1) hay que distinguir cuando el error procede de una confusión sincera por ambas partes o de la negligencia de alguna de las partes. Cuando se trata de una sincera confusión, un tercero podría justificadamente intervenir para proteger los intereses de la parte que puede resultar dañada por el acuerdo. La intervención debe supeditarse a la imposibilidad de acudir a las autoridades y realizarse de modo razonable: por ejemplo, acudiendo sólo a la fuerza cuando se trata de evitar daños graves. La otra parte del acuerdo, *A*, invade la autonomía de *B* al dañarle sin su consentimiento válido, pero dado que la conducta de *A* también es insuficientemente voluntaria (pues, *A* también se equivoca sobre el contenido del acuerdo) debe quedar sin responsabilidad penal.

Esta confusión sin culpa por ambas partes es inusual porque normalmente recae sobre la parte más fuerte un deber de especial diligencia orientado a evitar malos

¹⁷⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 268.

¹⁸⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 270.

entendidos; cuanto mayor sea el daño que *A* puede producir a *B* como resultado del acuerdo, más diligencia se exige a *A* en asegurarse sobre la validez del consentimiento prestado por *B*.

En algunos casos raros, la causa del error de *B* (la parte que se arriesga) sobre el objeto del acuerdo puede ser la propia negligencia de *B*: por ejemplo, *B* sabe que tiene un muy pobre conocimiento del inglés, algo sobre lo que *A* no tiene razones para sospechar, y firma con *A* un contrato en inglés equivocándose sobre el objeto del acuerdo por esta causa. A pesar de que *B* sea la persona dañada por la ejecución del contrato, *A* puede pretender que el consentimiento de *B* es lo suficientemente voluntario para ser válido dado que, si bien es cierto que no sabía realmente lo que estaba acordando, debería haberlo sabido¹⁸¹.

Todos estos supuestos en los que se producen errores totalmente inocentes o negligentes sobre lo pactado pueden evitarse con medidas como la imposición de procedimientos públicos para expresar el consentimiento, la exigencia de testigos o notarios, la imposición de períodos de enfriamiento, etc., como requisitos de la validez del consentimiento.

En la categoría (2) se localizan el conjunto de creencias de un individuo que son razones a favor o en contra de prestar consentimiento. A este conjunto de creencias lo denomina Joel Feinberg el “incentivo” para el acuerdo. El cambio de algún elemento en este conjunto puede aumentar, disminuir e, incluso, anular el incentivo del sujeto para aceptar un determinado trato. Joel Feinberg advierte que el problema de las falsas creencias que son incentivos es más relevante en derecho de contratos que en Derecho penal.

En Derecho de contratos, la cuestión central es determinar el alcance de la obligación del vendedor de revelar los hechos que probablemente guardan una relación estrecha con la decisión del comprador. En la medida en que el vendedor no satisfaga su deber de informar y si los hechos no revelados socavan una creencia necesaria en la

¹⁸¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 273.

decisión de comprar, el consentimiento del comprador no será suficientemente voluntario y la compra podrá ser anulada ¿Cómo sabemos qué hechos son decisivos en el incentivo de cualquier posible comprador? El Derecho acude a un estándar de lo que es normal: a los incentivos usuales para comprar de la mayoría de la gente. La obligación de informar del vendedor se limita siempre, por otro lado, a los datos del objeto de venta en particular y no se extiende a asuntos de general conocimiento o creencia.

Sobre la categoría (3), Joel Feinberg se pregunta en qué medida es válido el consentimiento de una persona a una propuesta cuando la creencia clave en su incentivo es especulativa (espera una ganancia futura) y *falsa*¹⁸². Desde luego, opina nuestro autor, no tiene sentido negarle a toda actividad especulativa el carácter de suficientemente voluntaria porque, con frecuencia, no arroja los resultados deseados: es cierto que los jugadores pierden involuntariamente sus apuestas, pero también lo es que asumen ese riesgo voluntariamente. Por tanto, la cuestión es determinar si hubo voluntariedad en la asunción del riesgo.

Las falsas creencias reducen la voluntariedad en la asunción de riesgos cuando el individuo no sabe realmente el riesgo que asume, o no entiende cómo y por qué es un riesgo para él, o no *aprecia* la gravedad del riesgo que *entiende* (en términos meramente intelectuales). Aquí es necesario distinguir el contexto en el que se adopta el acuerdo. En el tráfico comercial habitual, incluso si se dan alguno de estos factores que reducen la voluntariedad en la asunción de riesgos, se suele considerar que el contrato mantiene su validez, en parte, porque se entiende que este tráfico es una actividad inherentemente competitiva y, en parte, porque se constata buena fe en la otra parte (recordemos que estamos tratando la categoría de creencias erróneas no provocadas por la otra parte). Sin embargo, en contextos institucionales y cuando se trata de ciertas decisiones, se requiere un “consentimiento informado”. Dado que el futuro es siempre incierto, la información debe referirse precisamente a los riesgos.

Respecto a las categorías fraudulentas (4, 5 y 6), en primer lugar, nuestro autor nos explica por qué la incorporación del fraude (engaño intencionado que causa un daño al engañado) fue muy tardía en el *common law*; La razón principal parece ser la

¹⁸² Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 277.

influencia de la “ética del *caveat emptor*”, doctrina del *common law* cuya formulación clásica fue realizada en 1703 por el juez Holt (*Chief Justice*): “No vamos a acusar –reza la doctrina- a uno por dejar en ridículo a otro”¹⁸³. Esta ética, nos explica Joel Feinberg, se manifiesta en actitudes frente al engaño que son muy tradicionales y que todavía perviven en algunos aspectos del derecho y la cultura del *common law*: por ejemplo, en el “derecho de daños”, una pequeña negligencia de la víctima de un accidente, si esta negligencia fue un factor causal del accidente sin la cual no se hubiera producido, anula el derecho a reparación sin importar cuan grande sea la culpa de la otra parte. De la misma manera, desde esta perspectiva, si un “primo”, un crédulo o un estúpido se dejan engañar por otra persona, toda la culpa será suya; cuando la prudencia ordinaria hubiera bastado para no caer en el engaño, entonces se tiende a considerar que el engañado “lo tiene bien empleado”.

La doctrina del juez Holt, advierte Joel Feinberg, no se adapta bien a los tiempos actuales, en los que incluso las personas prudentes son demasiado vulnerables a los engaños. La aparición en el mundo de los negocios de empresas de un poder inmenso comparado con el de los simples consumidores, hace mucho más fácil el engaño y el abuso en el mercado. Igualmente, la vida urbana hace que los individuos continuamente se relacionen y lleguen a acuerdos con extraños, por lo que no se puede confiar sólo en aquellos conocidos de cuya honestidad no cabe duda.

Desde el punto de vista filosófico, de las numerosas distinciones que los juristas realizan en torno al delito de fraude la más importante es la que distingue entre el engaño sobre lo que es acordado (4) y sobre aspectos colaterales para inducir a la víctima a consentir (5 y 6)¹⁸⁴. Aunque en ambos casos los derechos de la persona defraudada son

¹⁸³ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 286. En Derecho inglés, explica Joel Feinberg, la protección del derecho de propiedad por medio del Derecho penal comienza con la prohibición del robo por medio de la violencia o fuerza (*robbery*), y pronto se expande a la conducta de tomar las cosas de otro sin su consentimiento, aun cuando se haga sin violencia o fuerza. El delito denominado *larceny* incluía ambas conductas. Los tribunales ampliaron entonces esta idea del *larceny* a la apropiación indebida de cosas por personas que ya las tenían en su poder con el consentimiento del legítimo propietario, lo que suponía una quiebra de su confianza (*embezzlement* y *breach of trust*). Sin embargo, a partir de aquí, el *common law* fue muy lento en reconocer el robo por medio del engaño: primero se reconocieron algunas faltas cometidas por comerciantes (*cheating*) que afectaban al consumidor en general (por ejemplo, manipular los pesos y medidas), pero hasta 1775 no se pena como falta el obtener la propiedad fraudulentamente.

¹⁸⁴ Existe una intensa y duradera polémica entre los juristas norteamericanos sobre si las falsas promesas deben ser un modo punible de defraudar y, de hecho, nunca ha habido unanimidad al respecto entre las diferentes jurisdicciones anglo-americanas. A juicio de Joel Feinberg, la raíz del problema está en la

invadidos, en algunos delitos la gravedad de las penas se atenúa, o incluso llega a desaparecer la responsabilidad penal, cuando el fraude es en el incentivo. La razón de estas diferencias parece descansar en la relevancia moral atribuida a la distinción entre “no consentir” en absoluto en lo que es hecho por el defraudador (fraude *in factum*) y prestar un consentimiento que no es suficientemente voluntario debida a una creencia errónea inducida por el defraudador (fraude en el incentivo)¹⁸⁵. Para el filósofo, en definitiva, la cuestión que se le presenta es si el *no consentimiento* debe ser tratado de manera diferente al *consentimiento no voluntario*¹⁸⁶.

Joel Feinberg considera, en particular, el delito de violación. Este delito se pena más seriamente cuando se realiza violentamente que cuando se hace por medio de un fraude *in factum* (por ejemplo, este sería el caso de la mujer que cree que se le está realizando una exploración ginecológica, cuando en realidad el supuesto médico es un farsante que de esta manera consigue tener acceso carnal con ella), y es más serio cuando se trata de un fraude *in factum* que cuando el fraude es en el incentivo (por ejemplo, el médico que engaña a una paciente haciéndole creer que las relaciones sexuales forman parte del tratamiento), hasta el punto de que en este último caso ni siquiera se considera un delito¹⁸⁷. Esta gradación de la gravedad jurídica se corresponde además, en opinión de nuestro autor, con la que la mayoría de la gente haría al respecto.

Sin embargo, estas diferencias, a juicio de nuestro autor, no tienen que ver con una apreciación diferente del grado de voluntariedad en cada caso, sino más bien con la

desconfianza generalizada sobre que los jurados puedan determinar que una promesa se hizo sin intención de cumplirla. No obstante, en su opinión, no hay mayores dificultades en esto que las que pudiera haber para probar que un individuo ha mentado a otro sobre ciertos hechos (lo cual requiere por parte del mentiroso el conocimiento de que los hechos eran falsos). Por ello, Joel Feinberg concluye que se debe perseguir penalmente este modo de fraude, en el cual se produce involuntariedad en la asunción de riesgos por parte de la persona dañada. Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, pp. 288-291.

¹⁸⁵ En algunos delitos la distinción es relevante, pero no en todos: por ejemplo, la acción de obtener la firma de otra persona fraudulentamente se persigue de forma similar ya se trate de fraude *in factum* o de fraude en el incentivo (Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, pp. 292 y 293). El filósofo moral debe explicar por qué, si es que hay alguna razón, en algunos delitos sí que es relevante la distinción entre haber prestado consentimiento inválido o no haber prestado consentimiento alguno.

¹⁸⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 292.

¹⁸⁷ Así es de acuerdo con los principios del *Model Penal Code*. De acuerdo con la tradición jurídica norteamericana el acceso carnal con engaños en el incentivo no se trata de violación por definición, ya que ésta consiste en el acceso carnal sin consentimiento (no sin *consentimiento informado* o *voluntario*). Sobre la regulación de los delitos sexuales en el *Model Penal Code*, véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 297.

apreciación de diferentes grados de daño. En el caso de la violación por la fuerza, la misma violencia implica un daño añadido junto a la violación. Por otro lado, en la violación por fraude en el incentivo, a diferencia de la violación por fraude *in factum*, parece que se presume que las relaciones sexuales en sí mismas no son para la víctima muy dañosas, si es que lo son en alguna medida. En este último caso, el daño parece ser sobre todo la decepción de no obtener lo que se esperaba accediendo a las relaciones sexuales (por ejemplo, la decepción de no recibir el dinero que se había pactado por acceder a tener relaciones sexuales).

Sin embargo, en opinión de Joel Feinberg, las relaciones sexuales fraudulentamente inducidas pueden ser muy dañosas dependiendo de las circunstancias: por ejemplo, el caso de la persona excesivamente inocente que sigue con confianza ciega las instrucciones de su médico y no se da cuenta del engaño hasta después de producida la violación. En estos casos, dado que la razón principal que parece seguir el *Model Penal Code* para no penar la violación por fraude en el incentivo es el menor daño que esta conducta supone, entonces, a juicio de nuestro autor, no hay razón para atenuar las penas o eliminar la responsabilidad penal.

Hemos visto que las diferencias que se observan en algunas legislaciones entre el fraude *in factum* y el fraude en el incentivo con respecto a ciertos delitos tienen más que ver con el grado de daño producido que con el grado de voluntariedad que se supone que corresponde al consentimiento prestado por la víctima. Sin embargo, en algunos casos, el consentimiento obtenido por medio de un fraude en el incentivo puede estar muy cerca en la escala de voluntariedad de la conducta totalmente involuntaria (donde se sitúa el consentimiento obtenido con fraude *in factum*), mientras que en otros casos el fraude solo afectará ligeramente a la voluntariedad de la acción de consentir. El efecto sobre la voluntariedad del consentimiento obtenido de esta manera fraudulenta depende de la centralidad que en el incentivo tuviera la falsa creencia inducida: ¿Era esa creencia la razón para consentir? ¿Una condición necesaria? ¿Tan sólo un elemento a favor de consentir?

Joel Feinberg propone ordenar las falsas creencias inducidas de acuerdo con su efecto en la escala de voluntariedad del consentimiento de la siguiente manera: En primer lugar, distingue entre: 1) amenazas de farol (*bluffing threats*), 2) advertencias de farol

(*bluffing warnings*), 3) falsas promesas, y 4) otros engaños. Una amenaza del tipo 1) se daría en el caso en que un hombre amenaza con su arma a otro para que le dé el dinero, pero lo hace con una pistola de juguete, algo que el amenazado no advierte¹⁸⁸. El hecho de que la amenaza sea falsa no modifica el efecto que la misma puede tener en la voluntariedad del consentimiento prestado, lo importante es que la persona a la que se dirige se sienta amenazado; la única especificidad de esta particular forma de extorsión fraudulenta es la plausible mitigación de la pena al autor de la amenaza, dado que puede alegar su intención de no llegar a producir daño alguno.

Cuando se trata de *advertencias falsas*, el efecto coactivo es similar al de las falsas amenazas, pero aquí la consecuencia que la víctima quiere evitar se presenta no como obra del defraudador sino de las circunstancias: por ejemplo, el médico que hace creer a su paciente que si no accede a tener relaciones sexuales con él su enfermedad le llevará a la muerte. Si se han de utilizar estándares objetivos de voluntariedad se requerirá un mínimo de credibilidad en la falsa advertencia. En todo caso, cuanto mayor sea el daño sobre el que se advierte, más involuntario será el consentimiento obtenido¹⁸⁹.

Las *promesas* aun cuando son falsas no liberan de responsabilidad al que promete de cumplirlas; el consentimiento prestado en función de una falsa promesa es involuntario porque no se asume voluntariamente el riesgo del incumplimiento. En esta categoría de las falsas promesas, explica Joel Feinberg, se sugiere también una escala de voluntariedad: cuanto más coactiva es la oferta que se promete, menos voluntaria es su aceptación si resultara que la promesa había sido una mentira desde el principio¹⁹⁰.

Finalmente, es necesario incluir una cuarta categoría de “cajón de sastre” porque hay una infinita variedad de creencias que pueden formar parte del incentivo de las diferentes personas para consentir y que, en consecuencia, pueden ser manipuladas fraudulentamente. En general, los *falsos incentivos* pueden ordenarse según su efecto en la escala de voluntariedad de la siguiente manera: cuanto más coactivos son en su presión sobre la elección de la víctima, más destruyen la voluntariedad, mucho más que cuando la

¹⁸⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 301.

¹⁸⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 302.

¹⁹⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 303.

única creencia inducida es la de un beneficio que seguirá al consentimiento. Otros casos de esta categoría miscelánea son *engaños sobre algún hecho presente*: por ejemplo, sobre la identidad de una persona. Nuestro autor nos propone imaginar el supuesto de un hombre que se hace pasar por una estrella del rock para acostarse con una chica, fan de la verdadera estrella. Si consideramos que se trata de un supuesto de fraude en el incentivo, de acuerdo con lo que se ha dicho, el consentimiento de la chica es lo suficientemente voluntario como para ser considerado válido porque el incentivo era la obtención de un bien no la evitación de un mal. Ahora bien, podríamos considerar que el fraude fue *in factum*, apoyándonos en la analogía entre este caso y el del hombre que obtiene relaciones sexuales con una mujer haciéndose pasar por su marido. La cuestión es cuál es la descripción relevante de la conducta consentida. A favor de considerar que el suplantador de maridos comete fraude *in factum* (y, por tanto, violación) está la descripción de la conducta consentida por la mujer como “tener relaciones maritales” y no “tener relaciones adúlteras”; un argumento que no puede aplicarse a la fan de la estrella del rock. El adulterio se supone que hace sufrir a la mujer un mayor daño que el desengaño por no haber tenido relaciones con la estrella del rock: en un caso, podría decirse, se produce un daño y en el otro no se obtiene un beneficio. Esta apreciación de diferentes grados de daño producido por el fraude es sólo una parte de la justificación de las distinciones realizadas. La otra parte de la justificación, explica nuestro autor

“se encuentra en la política legislativa de proporcionar una mayor protección a la gente casada contra las relaciones adúlteras no queridas, que a las personas no casadas contra relaciones sexuales derivadas de errores de identidad. En virtud de esta política el estado civil de casados de los actores, y no meramente su identidad, se considera una parte esencial de la descripción del acto en el ejemplo del falso marido, mientras que en el ejemplo de la falsa estrella de rock, el adulterio no está en juego, y el error en la identidad del compañero se trata de la misma manera que cualquier otro error en una creencia de hecho, no como una parte esencial de la descripción del acto consentido”¹⁹¹.

B) *El consentimiento informado en medicina*

Para finalizar con lo relativo a las falsas creencias como factor que reduce la voluntariedad del consentimiento, Joel Feinberg le dedica una atención especial al consentimiento informado en medicina, a pesar de que este tema es principalmente un

¹⁹¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 305.

problema de Derecho civil. En el contexto de las prácticas terapéuticas y experimentales, de todos los elementos que reducen la voluntariedad del consentimiento, el más discutido está incluido en la categoría general de las creencias falsas, a saber, una información inadecuada. Puede decirse que para que el consentimiento a una práctica médica, terapéutica o experimental, sea suficientemente voluntario debe satisfacer la “condición de información”¹⁹². Esta condición de información constituye un deber de informar sobre el médico y la cuestión fundamental que debe ser respondida es cuándo se ha satisfecho adecuadamente ese deber, o dicho de otra manera: ¿cuál es el estándar adecuado de información para los diversos contextos de la práctica médica en los que se necesita consentimiento? En particular, para el tema que nos ocupa del paternalismo, también es importante determinar si el ocultamiento intencional de información es compatible con el cumplimiento del deber de informar. Finalmente, Joel Feinberg le presta atención a otros tres problemas: ¿Cómo ha de afectar a la voluntariedad del consentimiento una incorrecta comprensión de la información revelada? ¿Es permisible que el paciente (o sujeto de experimentación) voluntariamente exima del cumplimiento de la condición de información al médico? Y, por último, el problema de las creencias erróneas que son testarudamente mantenidas por el paciente.

En primer lugar, en cuanto al correcto estándar de información, Joel Feinberg destaca que los estándares paternalistas han ido desapareciendo del Derecho americano: Al principio, se consideraba que el deber de información dependía de un juicio sobre el interés del paciente de acuerdo con el criterio del propio médico, pero en la actualidad se considera que este deber comprende la revelación de toda la información que un paciente razonable quisiera tener¹⁹³. El estándar de la persona razonable es, a juicio de nuestro

¹⁹² Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 305. La expresión “condición de información” la toma Joel Feinberg de Louis Katzner: “*The Ethics of Human Experimentation: The Information Condition*”, in *Medical Responsibility, Paternalism, Informed Consent, and Euthanasia*, ed. Wade L. Robison and Michael S Pritchard.

¹⁹³ En el Derecho español, la reciente *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, permite, a mi juicio, el uso del estándar paternalista en cuanto a qué información debe tener el paciente, por medio de la noción de “necesidad terapéutica”. De acuerdo con el art. 5. 4 de la mencionada ley: “El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”. La Ley obliga al médico, además, a justificar por escrito su decisión y a comunicarla a los parientes o allegados. Hay que tener en cuenta, que esta situación de “necesidad terapéutica” es diferente de la situación de emergencia en la que se produce un riesgo

autor, un importante avance con respecto al anterior, pero todavía resulta insuficiente desde su punto de vista, puesto que el deber del médico comprendería igualmente el satisfacer los requerimientos de información del paciente que fueran más allá del estándar (un paciente irrazonable que requiere mucha información para tomar una decisión voluntaria)¹⁹⁴.

En todo caso, la información que el médico debe satisfacer por propia iniciativa sí que viene determinada por el estándar de la persona razonable. ¿Qué cosas desearía saber una persona razonable? Desde luego, no todo pero sí las cosas importantes: las características de lo que se va a hacer, los costes, los riesgos para la vida o salud del paciente, las posibilidades de éxito, el coste de no proceder de la manera en cuestión y la medida en que hay incertidumbre sobre todo los aspectos anteriores¹⁹⁵. Retomando la noción de “incentivo”, un consentimiento idealmente informado es aquél en el que “cada proposición en el conjunto de incentivos del paciente le ha sido revelada –su valor de verdad o falsedad- a menos que su verdad sea desconocida, en cuyo caso esto también le ha sido revelado”¹⁹⁶.

En segundo lugar, Joel Feinberg trata de los ocultamientos intencionales de información. Para ilustrar el tipo de problemas a que se refiere nuestro autor nos propone imaginar la situación de un médico que sabe que su paciente preferiría la muerte antes que permitir que se le ponga una inyección ¿debería el médico engañar al paciente para poder inyectarle y continuar con el tratamiento? Siguiendo a Louis Katzner¹⁹⁷, Joel Feinberg distingue entre contextos terapéuticos y experimentales. En estos últimos, no cabe duda de que ningún ocultamiento de información puede estar justificado, pues aquí los beneficios de la experimentación se extienden a otras personas (a veces, ni siquiera son compartidos por el sujeto de la experimentación). El problema es más arduo cuando

“inmediato grave” para la salud (art. 9.2) o de la apreciación de incapacidad del paciente para comprender la información (art. 5.3).

¹⁹⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 306.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 307.

¹⁹⁷ Katzner, Louis I.: “The Ethics of Human Experimentation: The Information Condition”, en Wade L. Robison y Michael S. Pritchard: *Medical Responsibility, Paternalism, Informed Consent, and Euthanasia*, ed. Clifton, N.J.

el engaño beneficia al propio engañado. En la práctica, una negativa a ser inyectado como la del ejemplo puede ser consecuencia de algún tipo de incapacidad, temporal o permanente, en cuyo caso se trata de una negativa insuficientemente voluntaria como para ser tomada en cuenta. Ahora bien, Joel Feinberg advierte que no se puede confirmar la incapacidad si previamente no se plantea al paciente la cuestión de la inyección, pero posteriormente a una conversación de este tipo seguramente resultará imposible engañar al paciente y habrá que recurrir a la fuerza. Por ello, sostiene Joel Feinberg la total revelación puede ser la mejor política, a pesar de que pueda ser muy peligrosa para el paciente irrazonable.

En tercer lugar, tenemos el problema de la comprensión defectuosa de la información aportada. Desde luego, información sin comprensión no es una buena base para una decisión voluntaria. El único problema filosófico que se plantea aquí es si el paciente o el sujeto de experimentación lego en medicina (la inmensa mayoría) puede comprender la información que el médico le da, si esta información es todo lo completa que se requeriría para una correcta comprensión. Parece que al final, en la práctica cotidiana, la decisión del paciente se ha de basar más en la confianza en el médico que en la comprensión, por lo que el consentimiento informado queda como un ideal impracticable. A juicio de Joel Feinberg, a este argumento se le debe replicar con la distinción entre la *voluntariedad* del consentimiento, que es una cuestión de grado, y la *validez* del consentimiento cuando es suficientemente voluntario para un determinado propósito moral o jurídico. Ciertamente, nunca podemos estar completamente informados, pero sí podemos estar adecuadamente informados. La relación del médico con el paciente no es muy diferente a la del abogado o el asesor financiero con su cliente. Estos profesionales se presentan como representantes de los intereses del cliente y no hay discusión sobre si pueden actuar contra la opinión de este. Por un lado, nadie pretende decir a su abogado todo lo que tiene que hacer, pues tiene abogado precisamente para saber lo que se tiene que hacer, pero tampoco nadie razonable daría una carta blanca a su abogado para hacer y deshacer a su antojo, sin consulta ninguna ni aprobación.

En cuarto lugar, Joel Feinberg se refiere al problema de la renuncia voluntaria a la información. Imaginemos un sujeto que acepta ser sometido a tratamiento o

experimentación pero no quiere saber nada de riesgos, complicaciones, alternativas, etc. Él confía en el médico y prefiere estar tranquilo y dejar que las cosas se desenvuelvan con las preocupaciones mínimas por su parte. Aquí, sostiene Joel Feinberg, se produce un dilema para el defensor de la autonomía personal. Por un lado, si se obliga al paciente a recibir la información no se respeta su decisión, pero si no se le informa su consentimiento no cumplirá con la “condición de la información” y no será, por tanto, válido. De una manera u otra no se respetará su autonomía. A juicio de nuestro autor, el que quiera ser respetuoso con la autonomía del paciente no debe desesperar: la renuncia a un derecho es un acto performativo que para ser válido debe cumplir la condición de información, no ser consecuencia de coacción o de algún tipo de incompetencia del sujeto. El tipo de información que satisface la renuncia al derecho a ser informado es muy general y abstracta e incluiría cosas tales como: “antes de renunciar a su derecho, usted debería saber que su tratamiento pudiera suponer riesgos...”. Firmando la renuncia el paciente asume voluntariamente el riesgo de los “riesgos-surgidos-sin-su-previo-conocimiento”, por lo que indirectamente consiente al tratamiento del médico¹⁹⁸.

Finalmente, Joel Feinberg se ocupa del problema de los pacientes que persisten tozudamente en el error. Se trata aquí de creencias erróneas sostenidas contra toda evidencia por pacientes competentes. A diferencia del problema tratado más arriba de la ocultación intencional por parte del médico, en este supuesto la información correcta ya ha sido revelada, pero el paciente persiste en su negativa al tratamiento porque, por ejemplo, cree erróneamente que una inyección con células cancerígenas le producirá la muerte; entonces, la cuestión es si el médico puede, a la luz de esta testarudez, imponer el tratamiento. Un problema igual y opuesto se produce cuando un individuo acepta ser sometido a un experimento porque cree erróneamente que, por ejemplo, la inyección de células cancerígenas aumentará su potencia sexual.

Si la creencia errónea ocupa un lugar central en el conjunto de incentivos para consentir o no, es decir, si esa es la razón para la decisión del paciente, entonces su comportamiento es sustancialmente involuntario. Ahora bien, este caso es diferente al del individuo que se echa cianuro en la sopa creyendo que es sal, donde bastará con indicarle el error para que cambie su creencia. En este caso, el individuo se resiste a toda

¹⁹⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 311.

evidencia. Esto puede ser debido a un “rasgo del carácter voluntario” como la credulidad o incredulidad, confianza o desconfianza en la autoridad, fanatismo, perversidad, etc. Si pensamos que este rasgo es un elemento central de la identidad personal, entonces podemos no rebajar tan sustancialmente la voluntariedad de la respuesta que él produce¹⁹⁹.

Teniendo en cuenta que la creencia errónea puede apoyar el dar o el negar el consentimiento y trayendo la distinción entre contextos terapéuticos y experimentales, resultan cuatro contextos diferentes, sobre los que, además, se pueden proyectar diferencias en cuanto al grado de daño en juego. Nuestro autor explica que, a igual riesgo de daños, es de suponer que el grado de voluntariedad será igual (bajo), pero que puede haber diferencias sobre el estándar de validez adecuado. En un primer caso, el sujeto quiere consentir a un experimento arriesgado sobre la base de una falsa creencia tozudamente sostenida, no se le debe permitir asumir un riesgo grave que realmente no ha elegido; ésta no es manera, explica Joel Feinberg, de proteger su autonomía. Por otro lado, la ganancia del investigador obtenida a costa del “voluntario” sería una burda explotación del carácter imprudente del sujeto, una ganancia culpable e injusta por mucho que no constituya un agravio (*wrong*) para él²⁰⁰. En un segundo caso, el sujeto *rechaza* someterse a un arriesgado experimento a causa de una falsa creencia, su rechazo es sustancialmente menos que voluntario, pero suficientemente voluntario para que sea válido; la razón de ello es que no someterse al experimento no entraña ningún riesgo y, por tanto, interferir en este caso con su opción no implica salvarle de un daño, sino más bien forzarlo a hacer una contribución caritativa a los demás. En un tercer caso, el sujeto quiere *consentir* a una terapia peligrosa a causa de una creencia irracional (por ejemplo, cree que los medicamentos empleados en el tratamiento mejorarán su potencia sexual). Aquí el estándar de voluntariedad debe ser bajo, dado que aplicar la terapia supone un curso de acción menos arriesgado que no aplicarla. Aún así, es razonable pensar que el médico puede sentirse muy insatisfecho aceptando el consentimiento de un individuo que lo da por una razón equivocada. Un consentimiento que no daría si descubriera su error. Es como si el médico se aprovechara de la estupidez del paciente para seguir su propio criterio. Sin embargo, Joel Feinberg afirma que, una vez que se ha intentado sacar al

¹⁹⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 313.

²⁰⁰ Sobre el concepto de explotación de Joel Feinberg, véase el apartado 12 de este capítulo.

paciente de su error, el consentimiento es válido y “así la autonomía ha sido respetada y, por un afortunado giro del destino, el propio bien del paciente también ha sido promovido”,²⁰¹. Finalmente, en un cuarto caso, el paciente *rechaza* el tratamiento que probablemente le salvará la vida. Dado que los peligros de no aplicar la terapia son muy altos, los estándares de validez para el rechazo deben ser altos también, demasiado altos, en opinión de Joel Feinberg, para la baja voluntariedad del rechazo basado en una creencia errónea. En este caso, explica nuestro autor, permitir al paciente rechazar el tratamiento es como permitir que alguien se eche cianuro en la sopa creyendo que es sal, cuando el sujeto sigue insistiendo sinceramente, después de advertido, que el cianuro es sal.: “en ninguno de los dos casos hay un deseo de morir; en conclusión en ninguno de los dos casos hay una invasión de la autonomía”,²⁰²

11.8.2.3. Incapacidad

Bajo el nombre de “incapacidad” se reúnen un grupo heterogéneo de factores que reducen la voluntariedad y que tienen su origen en deficiencias internas al propio individuo. Desde el punto de vista teórico, aclara Joel Feinberg, la incapacidad parece ser un concepto menos básico que los otros dos tipos de factores que reducen la voluntariedad: la fuerza y las creencias erróneas; puesto que, en efecto, toda incapacidad se resuelve en que o bien el individuo no puede controlarse, o bien no es capaz de comprender lo que está haciendo²⁰³.

Una forma plausible de relacionar estas tres categorías de factores que reducen la voluntariedad, sugiere nuestro autor, sería construir un concepto más general de incapacidad básica y distinguir a continuación entre diferentes fuentes de incapacidad. Así *B* puede ser básicamente incapaz para prestar consentimiento: (1) porque *A* le ha exigido el consentimiento poniéndole una pistola en la cabeza, (2) porque *A* le ha engañado sobre lo que estaba firmando o (3) porque *B* tiene sólo dos años o es un adulto pero está borracho²⁰⁴. En todo caso, cualquier esquema clasificatorio, advierte Joel

²⁰¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 315.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 316.

²⁰⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 317.

Feinberg, debería reconocer dos importantes distinciones: (1) los factores que reducen la voluntariedad pueden afectar a aspectos cognitivos o volitivos, y (2) pueden ser consecuencia de elementos externos o internos²⁰⁵.

El sentido de “incapacidad” (no básica) que usa Joel Feinberg está próximo al que en ocasiones usan los juristas y se refiere a “aquellas incapacidades (*inabilities*), ya sean cognitivas o volitivas, que son consecuencia de facultades no desarrolladas o dañadas”²⁰⁶. Las incapacidades se dividen, en cuanto a su duración, en temporales y permanentes, con una tercera categoría de alternantes y recurrentes. Otra división importante es entre la incapacidad total (como la del paciente en coma) e incapacidad parcial (por ejemplo, el menor de edad), que puede tener diferentes grados de intensidad.

En sentido jurídico, la competencia es el conjunto normal de derechos, poderes, libertades e inmunidades que caracterizan a la ciudadanía. Todos los que son competentes en sentido fáctico (capacidad para realizar una tarea) son competentes en sentido jurídico. La incompetencia jurídica puede ser parcial, dependiendo del grado de incompetencia fáctica (alguien puede ser considerado incompetente para gestionar sus asuntos cotidianos, pero competente para hacer testamento). No obstante, hay que advertir que en el lenguaje del Derecho, “incompetencia” se usa con frecuencia para referirse al estatus legal que corresponde a los individuos que sufren una incapacidad que *de facto* es extrema²⁰⁷.

Los casos más destacables de incompetencia permanente son los del paciente en coma irreversible, la parálisis motora casi total (que dificulta en extremo la comunicación), el retraso mental grave (el hombre niño) o la locura. Junto a estos, aparecen los que implican una condición permanente o enfermedad crónica que se manifiesta en episodios intermitentes de incapacidad: por ejemplo, la epilepsia, la depresión o la adicción a las drogas. Finalmente, dentro de la incompetencia temporal

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 318.

²⁰⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 319.

encontramos la minoridad, la inmadurez, los estados de drogadicción (por ejemplo, la embriaguez) y también ciertos estados de ánimo, emociones, pasiones o sufrimientos²⁰⁸.

Joel Feinberg repasa las cuestiones jurídico-morales más importantes que plantea cada una de estas diversas fuentes de incapacidad. En primer lugar, se refiere al estatus del incompetente, en el sentido de *incapacidad extrema y permanente*. A este respecto señala que estos individuos sólo pueden alcanzar acuerdos por medio de representantes; en consecuencia, el problema de la validez del consentimiento del incapaz se convierte en el problema de la validez del consentimiento vicario. El tutor, explica nuestro autor, puede orientar su función de dos maneras: o bien puede verse como defensor de los intereses del incompetente, o bien como representante de su voluntad presunta; de donde resultan dos estándares fundamentales para tomar decisiones vicarias: “el estándar del mejor interés” o el “estándar de la voluntad presunta” (*substituted judgement standard*)²⁰⁹. Joel Feinberg ilustra las dificultades de la aplicación de estos estándares con los casos de Karen Ann Quinlan y Joseph Saikewicz, muy conocidos ambos en la jurisprudencia estadounidense²¹⁰. A su juicio, la única manera de pretender honestamente hablar en nombre del incompetente total es presentando alguna prueba clara de la existencia de un “consentimiento disposicional”, es decir, “la disposición a expresar o negar el permiso en circunstancias como las que se han producido”²¹¹. La búsqueda de las pruebas sobre la disposición a consentir en un sentido u otro es “diferente –dice Joel Feinberg- de inferir el estado psicológico que de hecho tiene una persona en el momento, o de leer su consentimiento anterior expresado sólo para esta contingencia (como en un testamento vital), o de tratar de captar el consentimiento tácito a otros o de reconstruir la elección de un hipotético “elector racional”²¹². Tan sólo “cuando no es posible inferir el “consentimiento disposicional” –explica nuestro autor- ya sea porque no se han

²⁰⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 320 y 321.

²⁰⁹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 322.

²¹⁰ Véase: *In Re Quinlan*, 70 N.J. 10 (1976) y *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, Mass. 370 N.E. 2d 417 (1977).

²¹¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 324.

²¹² *Ibidem*.

encontrado pruebas (como en *Quinlan*) o porque no es posible que haya pruebas (como en *Saikewicz*), el paternalismo blando permite recurrir al estándar del mejor interés”²¹³.

En segundo lugar, se refiere a la *inmadurez*. El estatus de la minoridad afecta a todas las ramas del Derecho: el menor se encuentra sometido a continuas interferencias paternalistas que se justifican por sus deficiencias cognitivas y volitivas. Lo característico de esta fuente de incapacidad es que gradualmente va desapareciendo hasta su eliminación al llegar a la edad de la razón; esto implica que la legitimidad de la interferencia paternalista debe adaptarse a la gradual madurez de la persona y que lo que está justificado para un niño pequeño puede no estarlo para un adolescente. El principio general de intervención es mantener abiertas las opciones más importantes para el niño hasta que éste alcance una adecuada capacidad para decidir por sí mismo²¹⁴. Este mismo principio es, además, el fundamento de la educación liberal obligatoria²¹⁵.

Joel Feinberg se refiere, en particular, a uno de los aspectos de mayor relevancia social, desde el punto de vista del paternalismo, con respecto a los menores: su incapacidad (jurídica) para consentir a relaciones sexuales con adultos. Esta interferencia paternalista no presenta, sin embargo, especiales dificultades teóricas: entrar en relaciones sexuales con un menor que se presta voluntariamente a ellas es delito porque el consentimiento del menor no es válido, es decir, su aceptación no es suficientemente voluntaria. Dado que la determinación caso por caso del grado de madurez que es necesaria para consentir válidamente sería demasiado gravoso para la administración o poco fiable, o ambas cosas, el Derecho determina la “edad de la razón” con reglas generales. En cuanto a la madurez necesaria para consentir válidamente a relaciones sexuales, la regla más común es que ésta se alcanza a los 16 años.

En tercer lugar, Joel Feinberg considera a la *intoxicación* como un factor que reduce la voluntariedad en el comportamiento. Se llama genéricamente intoxicación al estado

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, *cit.*, pp. 326. Un desarrollo completo de la posición de Joel Feinberg sobre este derecho de los niños a un futuro abierto puede verse en Feinberg, Joel: “The Child’s Right to an Open Future”, en *Freedom & Fulfillment*, ed. Princeton University Press, Princeton, 1994, pp. 76-97.

²¹⁵ Sobre este tema, véase: Vázquez, Rodolfo: *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, ed. Fontamara, México, 1997.

que producen las drogas en un sujeto. Las drogas disminuyen nuestras capacidades (dañan los reflejos, perjudican la visión, dificultan el razonamiento, etc.) o nos trastornan (provocan sentimientos de furia, angustia, etc.), o ambas cosas. Joel Feinberg se centra en la intoxicación producida por el alcohol. De nuevo, nuestro autor insiste en que el estándar adecuado de voluntariedad varía dependiendo del contexto. A su juicio, hay tres contextos principales en el Derecho en los que es relevante la intoxicación: a) como factor que reduce o elimina la capacidad para delinquir; b) como elemento que puede afectar a la validez del consentimiento prestado a acciones de otros que sin este consentimiento serían delictivas (por ejemplo, violación y hurto); y c) en otras ramas del Derecho, como elemento que afecta a la voluntariedad en el consentimiento a acciones que, en general, pueden ser dañosas para el que consiente²¹⁶. Dentro del ámbito del Derecho penal, resulta muy clara la aplicación de diferentes estándares de voluntariedad entre los contextos “a” y “b”; en particular, se constata que para atribuir responsabilidad penal es relevante si el sujeto se intoxicó voluntariamente, mientras que para invalidar el consentimiento por razones paternalistas este extremo es irrelevante. Esta regla general de que el consentimiento a la conducta dañosa de otro no es válido cuando se da en estado de embriaguez, aun cuando esta haya sido buscada voluntariamente, presenta, no obstante, numerosas dificultades en su aplicación derivadas de los tipos de daños y grados de incapacidad posibles. Pensemos, por ejemplo, en la persona que utiliza el alcohol para desinhibirse y tener relaciones sexuales con quien quiere tenerlas estando sobria, o en el daño que se reduce a un contacto que sería ofensivo y no querido para la persona sobria²¹⁷. Joel Feinberg se refiere también a otra interesante variación contextual del estándar de la voluntariedad: la obligación de someterse al test de alcoholemia²¹⁸. Normalmente, si a una persona que está completamente borracha se le enfrenta a una difícil elección de la que dependen algunos de sus intereses más importantes, su decisión estaría tan lejos de la suficiente voluntariedad que resultaría injusto obligarle a mantenerla. Sin embargo, en muchos sistemas legales a un conductor completamente borracho se le reconoce la competencia para aceptar o negar el someterse al test de alcoholemia: si se somete, precisamente porque está borracho, proporcionará una prueba

²¹⁶ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 333.

²¹⁷ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, pp. 337 y ss. Joel Feinberg considera también los problemas de calificación de la acción de una persona embriagada de dar una cosa como “hurto” o “donación”, de acuerdo con el grado de incapacidad y la iniciativa en la acción.

²¹⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 339.

para ser enjuiciado y condenado, pero si se niega podrá ser igualmente sancionado. Dado su estado, ni la aceptación, ni el rechazo merecerían ser considerados suficientemente voluntarios, pero dado que el objeto principal del procedimiento es determinar si está borracho y proteger a otros de él, no es injusto tratar sus “elecciones” como suficientemente voluntaria para estos propósitos²¹⁹.

Por último, nuestro autor repasa brevemente la enfermedad, el dolor y las emociones perturbadoras (*distracting emotions*). Normalmente, estos factores reducen nuestra capacidad por medio de perturbar gravemente nuestra atención en un problema, siendo inusual que dañen a nuestras facultades cognitivo-perceptivas. La persona que, por ejemplo, sufre intensos dolores y debe tomar una decisión vital que no se debe posponer, puede hallarse prácticamente incapacitado para considerar todos los aspectos que en un estado de normalidad él mismo consideraría. Sin embargo, Joel Feinberg nos advierte que hay ocasiones en las que una decisión adoptada de manera mucho menos que idealmente voluntaria, debido a estas perturbaciones, debe ser respetada; como si fuera la mejor expresión de la voluntad de esa desgraciada persona, dadas las circunstancias²²⁰. Estas circunstancias especiales deben presentar al menos, a juicio de nuestro autor, tres características: 1) imposibilidad de posponer la decisión, 2) la perturbación no debe distraer de ningún aspecto centralmente relevante para la toma de decisión, y 3) la situación que produce la necesidad de una decisión es una consecuencia causal del mismo factor que perturba el juicio y está indisolublemente ligada a él²²¹. La persona que tiene un terrible dolor y debe decidir si tomar cierta medicación para aliviarlo, no puede posponer la decisión para cuando el dolor haya pasado y esté en mejores condiciones, con la mente más clara, para decidir; por eso, sostiene Joel Feinberg, una elección de voluntariedad disminuida es mejor que ninguna elección. Por otro lado, si una persona se enfrenta a la elección de adoptar o no un tratamiento pero decide posponer su juicio hasta estar en mejor condición, dadas las circunstancias descritas “posponer” es equivalente a adoptar una “decisión negativa”; de manera que si necesariamente tenemos una decisión

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 340.

²²¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 341.

en un sentido u otro, ambas con el mismo defecto de voluntariedad, parece que debe respetarse aquélla que ha sido expresada por la persona afectada²²².

Cuando las circunstancias no reúnen las características mencionadas, la decisión tomada, aun siendo plenamente auto-referente, puede no ser suficientemente voluntaria y, en consecuencia, puede estar justificado interferir con ella. Éste sería el caso cuando: 1) no hay una conexión causal entre el objeto de la decisión y el factor que causa la perturbación, 2) la decisión puede ser pospuesta, o 3) los elementos que no pueden ser correctamente percibidos o evaluados por la perturbación son centralmente importantes para la decisión. Joel Feinberg ilustra el contraste entre los dos contextos, uno que hace a la decisión suficientemente voluntaria y otro que no, con el siguiente caso: Una persona con una terrible migraña decide tomar unas aspirinas para aliviarse: su decisión es suficientemente voluntaria, dadas las circunstancias. Sin embargo, si una persona con una terrible migraña se enfrenta a una proposición de matrimonio, podría pedir que se le hiciera la proposición más adelante, y si se le requiere en el momento, podría, más adelante, explicar que su consentimiento no era suficientemente voluntario (por lo mismo una persona en depresión puede válidamente decidir tomar anti-depresivos pero no entregar todos sus bienes a un tercero, etc.).

12. Paternalismo y explotación no coactiva

La caracterización de la posición de Joel Feinberg con respecto al paternalismo jurídico no estaría completa, a mi juicio, sin explicar su concepto de “explotación no coactiva”²²³. Como veremos inmediatamente, el problema que plantea el paternalismo jurídico indirecto²²⁴ parece ser el mismo que el problema moral que plantea la explotación: “¿Cuáles son los límites de lo que una persona puede hacer a otra, incluso con el consentimiento plenamente voluntario de esta última?”²²⁵. Un paternalista, explica Joel Feinberg, no permitiría a un individuo, A, dañar ciertos intereses de otro, B, aun

²²² Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 342.

²²³ Sobre la misma véase: Joel, Feinberg: *Harmless Wrong-Doing*, cit., pp. 176-276; e, igualmente, Feinberg, Joel: “Noncoercive Exploitation”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism*, cit., pp. 201-235.

²²⁴ Véase el apartado 5.2. de este capítulo.

²²⁵ Feinberg, Joel: “Noncoercive Exploitation”, en Sartorius, Rolf *Paternalism* cit., p. 201.

contando con la aprobación o el requerimiento de *B*. Esto supondría, a juicio de nuestro autor, infringir la autonomía de *B* y, desde el punto de vista liberal, no puede ser aprobado. Sin embargo, Joel Feinberg replantea el problema para aquellos casos “bastante diferentes” en los cuales se puede decir que “*A* explota a *B* o ‘toma ventaja’ de él sin infringir necesariamente su autonomía o, incluso, sin dañar sus intereses”²²⁶.

El término “explotación” cuando se refiere a relaciones interpersonales suele tener un carácter peyorativo. “Explotar a otro” es “una forma de usar a otra persona que de alguna manera es incorrecta o injusta”²²⁷. La explotación interpersonal, explica Joel Feinberg, implica siempre que: a) una parte saca provecho de otra y b) por medio de “aprovecharse” de alguna característica de *B* (la parte explotada) o de sus circunstancias. Cuando la explotación es coactiva, *A* se aprovecha de su mayor poder sobre *B*, como por ejemplo en la explotación del primer capitalismo industrial descrita por Karl Marx. En estos casos, la explotación viola la autonomía de *B* y aquí se puede aplicar lo que ya se ha comentado sobre la coacción como un elemento que reduce la voluntariedad y, en ocasiones, invalida el consentimiento. Cuando no es coactiva, el explotador juega con características del explotado: por ejemplo, el niño que explota el cariño de sus padres, el gorrón que explota la generosidad de un amigo, los políticos que explotan el miedo de los ciudadanos, etc.²²⁸.

Toda explotación de *B* por parte de *A* mostraría entonces tres elementos constitutivos: 1) cómo *A* usa a *B*, 2) qué es lo que *A* usa de *B* y c) cómo el proceso de explotación distribuye ganancias y pérdidas entre *A* y *B*.

Joel Feinberg señala que el concepto de ‘manipulación’ podría describir la forma típica del primer elemento, si no fuera porque connota una participación activa por parte de *A* que no es conceptualmente necesaria en la explotación. Cuando el explotador simplemente acepta lo que *B* le propone, se trataría de casos de explotación no manipulativa: por ejemplo, el jugador profesional de billar que acepta una elevada

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ Feinberg, Joel: “Noncoercive Exploitation”, en Sartorius, Rolf *Paternalism cit.*, p. 202.

²²⁸ Véase: Kleinig, John: “The Ethics of Consent”, en Kai Nielsen y Steve C. Patten (eds.): *New Essays in Ethics and Public Policy, Canadian Journal of Philosophy*, volumen suplementario VIII, Canadian Association for Publishing in Philosophy, 1982.

apuesta de un novato, después de haberle advertido de que no tiene ninguna posibilidad de ganar; o el médico que, cobrando por ello una buena cantidad, amputa el brazo a un mendigo profesional, a requerimiento de éste (que piensa que así ganará más dinero), después de advertirle que es una locura. En estos casos, admite Joel Feinberg, se podría tratar de presentar el requerimiento de *B* como insuficientemente voluntario debido a la ignorancia. Sin embargo, a su juicio, en el primer ejemplo esto supondría interpretar la ignorancia como condición de la no voluntariedad de manera que ninguna apuesta o desafío podría ser considerado voluntario para ambas partes. El novato no se equivoca en su creencia de que *puede* ganar porque de hecho haya perdido y “a pesar de que el riesgo de perder asumido pudiera parecer irrazonable a amigos más cautos y observadores, no era patentemente irracional, como sería exigible para viciar su voluntariedad”²²⁹. Igualmente, en el segundo ejemplo, la creencia del mendigo de que no lamentará en el futuro la pérdida de su brazo puede resultarnos irrazonable, pero mientras no se muestre patentemente irracional, no hay razón para dejar de considerar su requerimiento como completamente voluntario²³⁰. Ahora bien, en estos casos de explotación no manipulativa, a pesar de que *A* no infringe la autonomía de *B*, tiene muy buenas razones para pensar que daña a *B* y lo hace, además, deliberadamente para obtener una ganancia. Formas más activas de explotación caen cerca de la coacción o el engaño, pero aún así, sostiene nuestro autor, se limitarían a persuadir a *B* a consentir, aprovechándose de él tal y como éste es.

En cuanto al segundo elemento –qué es lo que *A* usa de *B*–, virtualmente cualquier característica o circunstancia de *B* es explotable, basta con que el comportamiento de *B* sea razonablemente predecible. Se pueden explotar los defectos morales de *B*. Ésta parece ser la forma de explotación no coactiva y no fraudulenta menos reprobable. Incluso, la explotación fraudulenta, aunque sea globalmente rechazable, parece tener un carácter mitigado cuando toma ventaja de defectos morales (por ejemplo, los timos que aprovechan la codicia del timado, dispuesto él mismo a aprovecharse de la aparente inocencia del timador). También se pueden explotar las virtudes morales, la conciencia o

²²⁹ Feinberg, Joel: “Noncoercive Exploitation”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism cit.*, p. 205.

²³⁰ Sobre la distinción entre riesgos razonables e irrazonables, por un lado, y riesgos voluntarios e involuntarios, por otro, véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, pp. 101 y ss. Igualmente, puede consultarse el apartado 11.4 de este capítulo.

la confianza (por ejemplo, el gorrón que abusa de la generosidad de sus amigos), las desgracias o las circunstancias desafortunadas (que cuando han sido provocadas por el explotador pueden constituir casos de ofertas coercitivas). Un caso particularmente iluminador del tipo de la explotación no coactiva es el de la comercialización del medicamento denominado “Laetrile” (también llamado vitamina B-17). El “Laetrile” es un derivado de la semilla del albaricoque usado contra el cáncer por miles de estadounidenses, cuya efectividad no ha sido científicamente comprobada. La F.D.A. (*Food and Drug Administration*) no otorgó licencia para su uso, a pesar de lo cual, y teniendo en cuenta las protestas de consumidores y vendedores, numerosos Estados legalizaron el producto. A juicio de Joel Feinberg, la iniciativa de estos Estados puede defenderse desde el punto de vista del liberalismo. Dado que el consumo de Laetrile es inocuo en dosis moderadas, si se somete su uso a prescripción facultativa y se restringe a enfermos terminales (para los que ya no hay tratamientos alternativos), sería paternalismo injustificado impedir que estas personas se aferren a lo que creen que es su última oportunidad de sobrevivir. Pues bien, el argumento de la explotación sostendría que la forma de parasitismo de los vendedores del producto ofende al observador (viven de la desesperación de los moribundos), con independencia de si en última instancia está justificada o no²³¹.

Finalmente, las debilidades humanas son también con frecuencia usadas para la explotación. Lord Devlin, explica nuestro autor, consideraba que toda inmoralidad sexual conllevaba este tipo de explotación de la debilidad humana. La persecución penal de la obscenidad o, en general, del comercio con el sexo se justifican en ocasiones como una persecución de la explotación de la debilidad universal que entrañan los impulsos sexuales. También puede considerarse a las adicciones una debilidad humana que, sin lugar a dudas, se presta a la explotación (aunque, en estos casos, es más controvertido decir que el explotado ha accedido voluntariamente). Igualmente, la notoriedad de un individuo o la circunstancia de que éste sea interesante para los demás es explotable en

²³¹ En España encontramos un caso similar a éste: La Agencia Española del Medicamento retiró del mercado el producto conocido como Bio-Bac, que estaba siendo utilizado sin la debida licencia para el tratamiento de enfermedades tales como el cáncer, la hepatitis C o el sida. El “medicamento” fue considerado por la Agencia de “dudosa eficacia”, aunque “inocuo”, salvo por el abandono de tratamientos convencionales. Se calcula que el 15% de los consumidores de Bio-Bac eran pacientes con hepatitis C, cáncer o enfermos terminales. Tras su retirada del mercado, los consumidores habituales se manifestaron públicamente exigiendo el reconocimiento de su derecho a consumirlo, llegándose a producir, incluso, el asalto de la casa de uno de los fabricantes para obtener Bio-Bac. Según algunos de ellos, la interrupción del tratamiento produjo la muerte de algunos pacientes.

casos en los que intervienen tres partes: el individuo “popular”, el público y el explotador: sería el caso del periodista que explota la popularidad de un criminal escribiendo su biografía, para obtener dinero del “morboso” público (que también es usado).

El tercer y último elemento de la explotación - cómo el proceso de explotación distribuye ganancias y pérdidas entre *A* y *B*-, se caracteriza porque el explotador, *A*, debe obtener una ganancia; hay diversas formas en las que los intereses de *B* pueden verse afectados por la explotación, pero sin una ganancia de *A* no hay tal explotación. No hablaríamos de explotación de *B*, explica Joel Feinberg, cuando *B* la soporta para obtener él mismo una ganancia del uso que *A* hará de él (por ejemplo, el paciente que se pone en manos del médico para que lo cure a cambio de un precio). Sin embargo, cuando *B* es dañado por el uso que de él hace *A*, puede que estemos ante un caso de explotación. Ahora bien, si la explotación no es coactiva y *A* ha recibido el consentimiento voluntario de *B*, se trataría de un daño en sentido descriptivo (frustración de algunos de los intereses de *B*) porque *A*, debido a la existencia del consentimiento, no ha agraviado a *B*. De aquí se deriva que *A* no es responsable frente a *B* por el daño infligido, pero esto no obsta para que sea responsable ante terceras partes, su propia conciencia o se convierta en el objeto de la crítica general.

Un tipo diferente sería cuando *B* no sale ni beneficiado ni perjudicado del proceso de explotación. El *provecho parasitario* y lo que en derecho se llama “*enriquecimiento injusto*” serían los casos más comunes de este tipo. Cuando se trata de parasitismo (por ejemplo, el periodista que explota la notoriedad de un criminal), la diferencia con una simple iniciativa comercial reside en los particulares rasgos o circunstancias de *B* que son aprovechadas por *A*: si son, explica Joel Feinberg, virtudes morales, debilidades personales “inocentes” o desgracias personales se considera explotación o parasitismo, pero si se trata de defectos morales hetero-referentes o de acontecimientos felices o rutinarios, entonces parece excesivo utilizar el término explotación²³². Por otra parte, el principio jurídico del enriquecimiento injusto sería el mecanismo jurídico no penal por el que se puede exigir la restitución de un beneficio que una parte, *A*, ha obtenido, siendo injusto que retenga ese beneficio. En la mayoría de estos casos, la ganancia injustamente

²³² Feinberg, Joel: “Noncoercive Exploitation”, en Sartorius, Rolf *Paternalism cit.*, p. 217.

obtenida por una parte, *A*, conlleva un daño equivalente a otra parte, *B*, como, por ejemplo, cuando *B* por un error inocente en las cifras paga más de lo debido a *A*. En otros casos, sin embargo, *B* puede exigir que *A* restituya lo injustamente ganado sin que *B* haya sufrido ninguna pérdida real²³³.

¿Qué debería hacer el Derecho con respecto a la explotación? Aquellos supuestos de explotación coactiva o fraudulenta que dañan a un sujeto sin su consentimiento voluntario pueden perseguirse criminalmente en virtud del principio de daño. Este mismo principio puede aplicarse también a aquellos supuestos en los que tramposos aprovechan el respeto del Derecho por parte de los demás para sacar ventaja; supuestos en los que no se causa daño directamente a nadie, pero si la conducta deviniera general se produciría un gran daño en nuestras prácticas e instituciones sociales. Restan, entonces, dos categorías de explotación que resultan problemáticas: 1) cuando la conducta de *A* explota y daña a *B*, pero cuenta con el consentimiento plenamente voluntario de *B*, y 2) cuando la conducta de *A* explota a *B* sin dañarlo (ya sea con el consentimiento voluntario de *B* o sin él). La primera categoría no se cubre con el principio de daño porque, como ya se ha explicado, éste se entiende mediado por la máxima *volenti non fit injuria*. A este respecto, explica Joel Feinberg:

“Si tal conducta debe ser prohibida tendría que ser o bien en razones de paternalismo duro –proteger a *B* de las consecuencias de sus propias elecciones completamente voluntarias–, o bien en razones de que la explotación *per se* es un mal de la suficiente magnitud para respaldar una prohibición incluso cuando, a causa del consentimiento, no agravia a su víctima. Como hemos visto, tal explotación consentida podría haber tendido a ser no equitativa (*unfair*) en el sentido de que, salvo por el consentimiento de la víctima, hubiera sido de hecho no equitativa para él. Pero incluso si en el balance final desaparecía la falta de equidad (a causa del consentimiento de *B*), todavía podría ser llamada injusta (*unjust*) desde el punto de vista de *A*. Así, se puede argüir que la prohibición está justificada para evitar ganancias injustas aun cuando no es necesaria para prevenir una pérdida no equitativa (o “daño” en el sentido del principio de daño). En este caso, el principio legitimador de la coacción no sería ni el principio de daño a otros ni el paternalismo jurídico, sino más bien una versión del moralismo jurídico que

²³³ Joel Feinberg nos propone el siguiente ejemplo: el demandante ha perdido un bote valorado en 5000 \$. El demandado lo encuentra y lo vende por 10.000 \$. Si no se presentan daños especiales, el daño por la pérdida queda compensando con 5.000 \$. Sin embargo, el derecho obliga al demandado a entregar los 10.000 \$. De esta manera, el demandante obtiene un beneficio imprevisto con la pérdida de su bote, pero así se evita un enriquecimiento injusto por parte del demandado. Véase: Feinberg, Joel: “Noncoercive Exploitation”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism cit.*, p. 219.

justifica la prevención de ganancias inmorales aun cuando no hay una víctima agraviada”²³⁴.

La segunda categoría - cuando la conducta de A explota a B sin dañarlo (ya sea con el consentimiento voluntario de B o sin él) requiere aún más, sostiene Joel Feinberg, un principio moralista para justificar su prohibición, porque incluye casos en los que no se daña en absoluto a B.

Este principio moralista, señala nuestro autor, estaría detrás, “tácitamente invocado”²³⁵, de lo que a primera vista pudiera parecer una legislación paternalista. Con frecuencia, los sistemas jurídicos se muestran anti-paternalistas en los casos de una sola parte, una vez que se ha comprobado que el sujeto actuó voluntariamente (por ejemplo, en el consumo de drogas o el suicidio), pero castigan los casos de dos partes, a pesar de que el individuo dañado haya consentido a la acción de la primera parte (por ejemplo, el tráfico de drogas o el auxilio al suicidio). Esta asimetría cabría explicarla porque la preocupación del legislador no es tanto evitar daños al actor o aceptante, como evitar la explotación por parte del proveedor o inductor. Ahora bien, cuando el proveedor o inductor no gana con su comportamiento con respecto a B (como, por ejemplo, cuando A ayuda a morir a B porque se compadece del sufrimiento de B) el objetivo del Derecho penal no puede ser simplemente la persecución de la explotación.

A juicio de Joel Feinberg, evitar la explotación quizás puede ser un objetivo legítimo del Derecho penal, pero cuando está ausente tanto un daño que es además un agravio (es decir, un daño al que el individuo no ha consentido) y una ganancia incorrecta, no hay razón válida alguna para la criminalización (por ejemplo, si B le pide a A un poco de marihuana y A se la da creyendo que le hace un favor). En estos casos, el único principio aplicable es el de paternalismo: cualquier plausibilidad que el moralismo tenga como razón para perseguir la explotación desaparece cuando no hay una ganancia personal implicada.

²³⁴ Feinberg, Joel: “Noncoercive Exploitation”, en Sartorius, Rolf *Paternalism cit.*, p. 226.

²³⁵ *Ibidem.*

Cuando A sí que ha jugado un rol más explotador, porque A cree realmente que se está aprovechando de la estupidez de B, el moralista puede decir que A es censurable y culpable del daño a B, aunque B no tenga derecho a quejarse. Pero una cosa es, advierte Joel Feinberg, nuestra desaprobación moral de la conducta de A y otra aceptar que el Derecho debe interferir con esa conducta: podemos estar de acuerdo con lo primero y seguir pensando que sería irrespetuoso con la autonomía de B permitir la interferencia estatal con la conducta de A. Ésta es, en definitiva, la posición de Joel Feinberg.

A su juicio, en ninguno de los ejemplos mencionados se pueden presentar razones suficientes para legitimar la persecución de la explotación: en el caso del jugador novato de billar, exigir la restitución de lo perdido o prohibir la aceptación de la apuesta sería una forma de impedir al novato aprender de sus propios errores; con respecto a los comerciantes de pornografía y, en general, todos los que se aprovechan de ciertas debilidades humanas como la credulidad (los adivinadores, por ejemplo), el mal gusto, etc., sería mucho más económico que la criminalización un programa afirmativo orientado a elevar el gusto y promover ideales racionales de excelencia; la represión del tipo de explotación del periodista que hace el agosto contando los crímenes o las hazañas de otro (que no consiente y no es dañado ni beneficiado) nos obligaría a poner en vigor un conjunto de reglas sobre merecimientos (el héroe tendría derecho a la restitución, pero el criminal no) tan complejo y de probable aplicación errónea, que parece que el interés público no saldría más beneficiado con este sistema que dejando que un sistema de justicia distributiva directamente beneficie más a los que son mejores personas que a los que son peores.

Por último, señala nuestro autor, se arriba a la conclusión de que la persecución de la explotación característicamente invoca en su defensa no al paternalismo jurídico sino al moralismo jurídico. Dentro del moralismo, habría que distinguir dos tipos: En primer lugar, la apelación a argumentos “perfeccionistas”, donde las cuestiones de daño y beneficio, ventajas o desventajas, tienden a ser irrelevantes; así es irrelevante si A entrega a B gratuitamente la marihuana o por un precio, o si A ayuda a morir a B por el propio interés de B. En segundo lugar, el moralismo que se aplica sólo a los casos de explotación consensual, donde el Derecho se orienta únicamente a evitar “ganancias injustas”. “Si el mal –explica Joel Feinberg- combatido por la primera forma de

moralismo es la degradación de un ideal, el mal opuesto por el segundo es un tipo de injusticia distributiva, a saber, el que consiste en que una persona se beneficie como consecuencia directa de algún mal”²³⁶. Tan sólo este segundo tipo mostraría alguna plausibilidad como principio del Derecho penal liberal, pero, aún así, para nuestro autor el “contundente e indiscriminado” instrumento de la criminalización, a menos que se dirija contra daños y agravios graves, es bastante seguro que causará más mal del que evitará.

13. La aplicación del principio de paternalismo blando

Joel Feinberg ilustra la aplicación del paternalismo blando con tres casos tipos: el caso de las drogas perjudiciales, el caso de los cascos de seguridad y el caso de la esclavitud voluntaria.

13.1. El caso de las drogas perjudiciales

En relación con este caso, Joel Feinberg nos presenta una dramatización de una entrevista entre un médico, el doctor Doe, y un paciente, Mary Roe, que pide que se le recete una droga X, siendo esta droga dañosa²³⁷. En esta entrevista podrían darse las siguientes situaciones:

Dr. Doe: No le puedo recetar la droga X porque le causará daños físicos

Mary Roe: Pero usted se equivoca. No me causará daño físico.

En este caso, Joel Feinberg sostiene que el Estado, de acuerdo con el derecho, respalda al médico. El principio de paternalismo blando nos permite impedir el consumo, porque no es cierto que el sujeto quiera consumir drogas dañosas y, en consecuencia, su decisión es menos que completamente voluntaria. La discrepancia de criterio entre el médico y el paciente, al respecto del carácter dañoso de la droga, siempre se resuelve a favor del médico. No obstante, sería posible que el individuo discrepe sobre si el daño físico es para él realmente un daño. Joel Feinberg admite que pueden darse rarísimas

²³⁶ Feinberg, Joel: “Noncoercive Exploitation”, en Sartorius, Rolf *Paternalism cit.*, p. 232.

²³⁷ Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 128 y ss.; y Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, pp. 9 y ss.

excepciones en las que un individuo no tenga un interés en la salud física, porque, por ejemplo, se trata de un místico para el que el cuerpo es tan sólo una distracción de sus más altos objetivos²³⁸. Sin embargo, dado que el Derecho debe expresarse en términos generales, la solución sería permitir que este particular sujeto presente sus alegaciones ante un órgano administrativo con potestad de autorizar la receta de drogas²³⁹.

Sobre el error como fuente de involuntariedad, Joel Feinberg precisa que se trata de errores sobre cuestiones de hecho y que, a su juicio, no es necesario que se trate de errores que el individuo no ha tenido oportunidad de evitar. El tipo de errores que nuestro autor tiene en mente es, por ejemplo, el de la persona que cree estar echando sal a su comida cuando, en realidad, está echando cianuro. Si uno de los comensales advirtiera de que las etiquetas de los frascos de los botes de la sal y el cianuro habían sido intercambiadas, pero su interlocutor no lo tomara en serio, todavía –señala Joel Feinberg– estaría justificado interferir paternalistamente, porque tenemos la seguridad de que el error persiste y la acción no es plenamente voluntaria. Ahora bien, se pueden presentar algunos casos –admite Joel Feinberg–, en los que no hay un conocimiento cierto de que el individuo está en un error: por ejemplo, porque hay una discrepancia entre los científicos al respecto y el paciente que solicita las drogas es un reputado científico que sostiene la posición que defiende la inocuidad de las mismas. Igualmente, también puede ocurrir que se trate, precisamente, de mostrar que los otros están equivocados al respecto del riesgo: por ejemplo, el científico que se presta él mismo a ser sujeto de experimentación. En estos casos en la penumbra, explica Joel Feinberg, la equidad requiere reconocer el derecho a actuar sobre nuestras sinceras y erróneas creencias²⁴⁰.

²³⁸ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 128.

²³⁹ Véase: Joel Feinberg: *Harm to Self*, cit., p. 128.

²⁴⁰ Richard J. Arneson ha criticado fuertemente la estrategia del paternalismo blando propuesta por Joel Feinberg, por considerarla “una muy seria evasiva de la absoluta prohibición del paternalismo que Mill pretendía afirmar” (p.470), en Arneson, Richard J.: “*Mill versus Paternalism*”, en *Ethics*, 90 (July, 1980), nº 4. Aunque este autor se refiere al primer trabajo de Joel Feinberg, “*Legal Paternalism*”, en el cual, efectivamente, el estándar de la voluntariedad estaba más alto que en *Harm to Self*, sin embargo, parte de su crítica se refiere a este pequeño dialogo entre el Dr. Doe y Mary Roe, que básicamente se mantiene inalterado en el segundo trabajo de Joel Feinberg. Richard J. Arneson sostiene que en el comentario a este caso, Joel Feinberg sugiere que “siempre que un hombre actúa con un juicio erróneo sobre los mejores medios para lograr sus objetivos, su acto es en esta medida no voluntario” (p. 484) y que “siempre que un hombre, después de una deliberada reflexión, no identifica sus valores más importantes y actúa sobre este error, su acción es en esta medida no voluntaria” (*ibídem*). Joel Feinberg ha replicado en *Harm to Self* que hay que distinguir lo que son errores de hecho y el error consistente en “no identificar los valores más importantes de uno” (p. 128). Los primeros pueden convertir a un acto en involuntario, pero los segundos,

Dr. Doe: No le puedo recetar la droga X porque le causará daños físicos

Mary Roe: Exacto. Eso es justamente lo que quiero. Quiero dañarme a mi misma

En este caso, el estándar permite la interferencia basada en la *fuerte presunción* de que nadie en su sano juicio quiere dañarse, pero si se comprueba (lo que presupone admitir que la fuerte irrazonabilidad no es por sí sola prueba de involuntariedad) que la decisión no está perjudicada por un estado de depresión, enfermedad, etc., entonces, no se puede continuar con la interferencia.

Dr. Doe: No le puedo recetar la droga X porque le causará daños físicos

Mary Roe: No me preocupa si me causa daño físico. Conseguiré un gran placer primero, mucho placer de hecho, que bien vale la pena el riesgo de daño físico. Si tengo que pagar un precio por mi placer estoy dispuesto a hacerlo

En principio, en este caso el Estado no debe intervenir, puesto que el hedonismo puede formar parte del plan de vida de los individuos.

Dependiendo de los hechos, este caso puede ser análogo al anterior. Si la droga en cuestión produce una hora de intenso placer y a continuación una muerte muy dolorosa, los riesgos asumidos se muestran tan irrazonables que se puede presumir la no voluntariedad. Sin embargo, la droga puede ser perjudicial en la misma manera que lo es la nicotina: veinte o treinta años después de consumir regularmente la droga el riesgo de cáncer es alto. A juicio de nuestro autor, la asunción del riesgo de contraer cáncer por el

si no concurren otros elementos que reducen la voluntariedad, son del tipo de “elecciones erróneas” que siguen siendo verdaderas elecciones del sujeto (llamarles “erróneas” significa únicamente señalar que son irrazonables). Respecto a los puros errores de hecho, la posición de Richard J. Arneson, al igual que la que éste adscribe a John S. Mill, parece ser que el individuo actúa involuntariamente siempre que no pueda ser responsabilizado del error que padece. Ésta sería la interpretación de estos autores del “derecho a cometer nuestros propios errores”. En el caso Roe-Doe, explica Joel Feinberg, el médico cumpliría con su deber, desde el punto de vista de Richard J. Arneson, limitándose a informar al paciente de que la droga es dañosa y asegurándose de que el paciente entiende el problema. Si el médico insiste convenientemente, al final llega un punto en el que, parece ser, cabría decir que el error es responsabilidad del paciente. Con todo, concluye Joel Feinberg, el asunto es que la acción que la interferencia paternalista trata de impedir, convenientemente descrita (tomar una droga dañosa) no es sólo irrazonable, sino que tampoco es el acto que el paciente voluntariamente elige (tomar una droga no dañosa).

placer de fumar puede ser irrazonable, pero no hay una “evidencia fuerte de no voluntariedad”²⁴¹. Con respecto al tabaco, a su juicio

“el Estado pudiera incluso usar justificadamente sus poderes de fijar tasas, intervenir o persuadir para hacer el fumar (y otros consumos de drogas similares) más difícil o menos atractivo; pero prohibirlo completamente para todos sería decirle al que asume el riesgo voluntariamente que incluso sus juicios informados de lo que es valioso son menos razonables que los del Estado, y que en conclusión, no puede actuar de acuerdo con ellos. Esto es el más puro paternalismo duro, no mediado por el estándar de la voluntariedad. Como principio de la política tiene un fuerte olor a moralismo y crea un serio riesgo de tiranía gubernamental”²⁴².

13.2. El caso de los cascos de seguridad

Joel Feinberg parte de afirmar que la legislación que impone el uso del casco de seguridad para los motoristas y sus acompañantes tiene mucho a su favor: no cabe duda de que evita graves daños a muchas personas y es, además, plausible sostener que todas las personas contrarias a esta imposición que han salvado su vida por llevar casco han agradecido inmediatamente este paternalismo estatal²⁴³. De aquí que el liberal parece enfrentarse, tal y como señaló Gerald Dworkin²⁴⁴, a un trilema: 1) argumentar que la conducta de conducir sin casco es típicamente (aunque no necesariamente) involuntaria, de acuerdo con estándares adecuados de involuntariedad; 2) argumentar que se trata de una legislación legítima pero no por razones de paternalismo duro, sino por otras razones; y 3) argumentar que a pesar del daño evitado no están moralmente justificadas porque infringe la soberanía individual²⁴⁵. Nuestro autor da por ya descartada “aunque respetuosamente”²⁴⁶ una cuarta posibilidad: la alternativa de restringir el terreno de la

²⁴¹ Joel Feinberg: *Harm to Self, cit.*, p. 134.

²⁴² *Ibidem.*

²⁴³ Véase: Joel Feinberg: *Harm to Self, cit.*, p. 134 y ss.

²⁴⁴ Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, p. 107. Véase, igualmente, el punto 4 del capítulo II de esta tesis.

²⁴⁵ Joel Feinberg: *Harm to Self, cit.*, pp. 135 y 136.

²⁴⁶ Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, *cit.* p. 136.

soberanía individual a intereses más fundamentales²⁴⁷. Finalmente, por supuesto, habría una quinta posibilidad, también descartada, que es aceptar el paternalismo duro.

El primer cuerno del trilema - argumentar que la conducta de conducir sin casco es típicamente (aunque no necesariamente) involuntaria- supone tratar de justificar la legislación de seguridad en el principio de paternalismo blando. Joel Feinberg considera, no obstante que, de acuerdo con su propio análisis de la voluntariedad, es muy improbable que tal justificación tenga éxito. A este respecto, nos recuerda que se puede actuar irrazonablemente pero de forma completamente voluntaria: la imprudencia o la temeridad serían como otros defectos de carácter, en ausencia de pruebas de una tara cognitiva o emocional, razones para culpabilizar a la gente y no para considerar sus acciones como insuficientemente voluntarias.

En conclusión, parece que la única vía para aprobar estas leyes es fundamentándolas en la necesidad de proteger los intereses de terceros o el interés público. Un argumento ingenioso en este sentido es el que señala la necesidad de evitar que los motociclistas reciban el impacto fortuito de pequeñas piedras, lanzadas por otros vehículos, que podrían hacerles perder el control y provocar accidentes con daños a otros. Sin embargo, el argumento más convincente es el que se refiere a los importantes costes públicos (en dinero) de los accidentes; según éste, la imposición del casco sería una manera muy eficiente de reducir esos costes. Joel Feinberg recuerda, no obstante, la réplica a este argumento de Gerald Dworkin, según la cual sería menos restrictivo exigir un aseguramiento por parte de los motoristas que cubriera esos gastos de accidente. Un sistema combinado de licencia para conducir, educación obligatoria y aseguramiento obligatorio protegería igual el interés público y dejaría a la legislación que impone el casco sin un fundamento razonable.

Otra base para justificar la imposición del casco, señala nuestro autor, la proporciona el argumento llamado por Gerald Dworkin de los “costes psíquicos”²⁴⁸ y que John Kleinig denomina el “argumento de la carga pública”²⁴⁹. Dejar abandonada a la

²⁴⁷ Véase el apartado 11.2 de este capítulo.

²⁴⁸ Dworkin, Gerald: “Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, p. 108.

²⁴⁹ Véase: Kleinig, John: *Paternalism, cit.*, p. 92.

gente a su propia desgracia (culpable) supone un “coste psíquico” inaceptable para la propia sociedad. Joel Feinberg sostiene que si algún argumento justifica la imposición del casco es éste. Ahora bien, a su juicio, el argumento es más fuerte desvinculándolo de la cuestión de los costes: se trataría de argumentar que los imprudentes, cuando los daños arriesgados son muy graves, nos ponen a los demás en el brete de dejarlos en la mísera condición que ellos mismos se han buscado o soportar injustamente el gasto de su asistencia. Para protegernos a nosotros mismos de este daño (extorsión moral) podría estar justificado aprobar normas contra la adopción voluntaria de riesgos. Este argumento comparte con el paternalista que la preocupación principal sigue siendo los terribles e irreparables daños físicos que sufren los principales actores del drama.

Joel Feinberg no cierra la cuestión de si este argumento de los costes psíquicos, en su propia interpretación del mismo, sería de suficiente peso como para justificar finalmente la imposición del casco de seguridad. Sostiene que si éste es el caso, si otras consideraciones pesan más (fundamentalmente las que se refieren a los intereses de los moteros) deberían rechazarse tales regulaciones.

13.3. El caso de la esclavitud voluntaria

Otra serie de casos difíciles son los contratos en los que una parte está de acuerdo en restringir su libertad en algunos aspectos; el caso límite sería el contrato de esclavitud. Sobre esto, Joel Feinberg destaca que la posición de John S. Mill parece cambiar hacía una aceptación del principio paternalista sin la mediación del estándar de la voluntariedad, es decir, hacia el paternalismo duro. A juicio de nuestro autor, hay, no obstante, otras vías diferentes para rechazar los contratos de esclavitud. En primer lugar, se puede apelar al principio de no-explotación que, como hemos visto, es una forma de moralismo jurídico, según la cual los seres humanos no son bienes susceptibles de apropiación. En segundo lugar, se puede argumentar que debilitar el respeto por la dignidad humana supondrá a larga daños para las personas que no han consentido con estas prácticas. En tercer lugar, el argumento de la carga pública, según el cual las desgracias de unos se vuelven, finalmente, contra el todo social. Finalmente, se podría argumentar que si bien los contratos de esclavitud completamente voluntarios serían inobjektivos, la máquina legal para determinar esta voluntariedad podría ser tan molesta y

cara que los convertiría en prácticamente irrealizables²⁵⁰. Esta última parece ser la posición de Joel Feinberg, para quien se puede recorrer el camino “desde la obvia permisibilidad de renuncias limitadas a la libertad a la permisibilidad, en principio, de pérdidas incluso extremas, excepto que en el caso de la esclavitud las “necesidades de la vida” –complicaciones administrativas en determinar la voluntariedad, elevados costos, etc.- la prohíban”²⁵¹.

13.4. La elección de la propia muerte

Hay muy diferentes circunstancias en las que una persona puede elegir no seguir viviendo. Una distinción fundamental se da entre casos en los que está en nuestra propia mano el suicidarnos y aquellos en los que se necesita el auxilio de otra persona. En el primer conjunto de casos, la intervención penal (la prohibición del suicidio) parece moverse irremediamente entre la inadecuación (no logra disuadir al suicida de cometer su acción) y el castigo inhumano (lo logra a costa de amenazar con graves torturas o de privar totalmente de libertad al suicida), por lo que el problema de su justificación es fácil de resolver en sentido negativo. Cuando no está en nuestra propia mano suicidarnos, sin embargo, la prohibición penal del auxilio al suicidio puede ser plenamente eficaz, limitando indirectamente la libertad del individuo que no quiere seguir viviendo por medio de coaccionar a los demás. Este último sería el caso de, por ejemplo, los enfermos graves hospitalizados que desean morir pero necesitan la ayuda de otros para hacerlo; así como de los presos, sobre los que la vigilancia y el control de sus actividades puede llegar a ser tan férreo que les sea, en la práctica, imposible quitarse la vida por su propia mano sino es con la aquiescencia de las autoridades (las cuales se suelen considerar, sin embargo, obligadas a mantenerlos con vida).

La estrategia del paternalismo blando, propuesta por nuestro autor, muestra para estos casos problemáticos de elección de la propia muerte una hermosa simplicidad: no sería necesario ponderar la autonomía individual frente a otros principios como, por ejemplo, el principio del carácter sagrado de la vida, el principio de no dañar o los deberes profesionales de médicos o de la administración penitenciaria. Tan sólo habría

²⁵⁰ Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, *cit.* p. 14.

²⁵¹ *Ibidem.*

que juzgar si la elección de la propia muerte es suficientemente voluntaria. Aquí me limitaré a mostrar los argumentos principales de Joel Feinberg contra la prohibición absoluta de la eutanasia voluntaria²⁵².

De acuerdo con las reglas básicas para determinar el estándar de voluntariedad adecuado, la determinación de la voluntariedad en la elección de la propia muerte requiere de la aplicación del estándar más exigente, puesto que se trata de una decisión que es absolutamente irrevocable. Ahora bien, aunque el estándar de voluntariedad sea exigente no debe ser, advierte Joel Feinberg, insalvable si es que se quiere respetar verdaderamente la autonomía individual.

Junto a la determinación del estándar de voluntariedad adecuado, el otro problema es cómo podemos saber que la decisión es lo suficientemente voluntaria. En el caso de los presos, sostiene nuestro autor, una prohibición absoluta de la auto-destrucción estaría justificada por la fundada sospecha de que el entorno carcelario no nos permitiría saber con la suficiente certidumbre qué elecciones son suficientemente voluntarias. Otro caso diferente es el de los enfermos en los hospitales. Precisamente, las peticiones de eutanasia más frecuentes son las realizadas por personas con graves padecimientos o discapacidades que se hallan internadas en instituciones sanitarias.

A favor de una prohibición absoluta de la eutanasia voluntaria en estos casos frecuentes de enfermos muy graves, descartados los argumentos del tipo de la “pendiente resbaladiza” (la eutanasia voluntaria nos llevaría lógicamente o empíricamente a la eutanasia involuntaria), se suelen presentar fundamentalmente los siguientes dos argumentos: primero, un argumento que apela al mismo principio de paternalismo blando, de acuerdo

²⁵² No presentaré, por tanto, la posición de Joel Feinberg en torno a otros aspectos del problema de la eutanasia que no me parecen “fundamentales”: por ejemplo, el análisis del modelo propuesto por James Rachels sobre la eutanasia (que básicamente consiste en mantener la prohibición absoluta, pero admitir como una causa de justificación alegable en juicio que se trata de un homicidio consentido en las circunstancias habituales de la eutanasia); el análisis del concepto de depresión y su conexión con los defectos de juicio o razonamiento al tomar una decisión; la consideración del problema de los individuos que cambian de opinión cíclicamente sobre su elección de morir; y, finalmente, el problema de los testamentos vitales y de los poderes de representación. Sobre esto véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 344-374. Sobre la posición general de Joel Feinberg en torno a la eutanasia, véase igualmente: Feinberg, Joel: “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, en *Philosophy & Public Affairs*, 7(1978), n° 2 (trad. al castellano en *Anuario de Derechos Humanos*, 7(1990), pp. 61-88); y Feinberg, Joel: “An Unpromising Approach to the ‘Right to Die’”, en Feinberg, Joel: *Freedom & Fulfillment (Philosophical Essays)*, ed. Princeton University Press, Princeton, 1994, pp. 260-281.

con el cual la petición de eutanasia nunca es lo suficientemente voluntaria y, segundo, un argumento, mucho más plausible, por el que se sostiene que aun cuando en un caso particular la realización de la eutanasia esté plenamente justificada, otras consideraciones que no tienen que ver con el caso particular entrarían en juego, de manera que harían vencer la balanza a favor de la prohibición absoluta. Éste último, explica nuestro autor, sería el argumento a favor de la prohibición absoluta presentado por Yale Kamisar²⁵³ y, también, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el famoso caso Cruzan²⁵⁴.

Sobre el primer argumento –nunca una petición de eutanasia es lo suficientemente voluntaria- Joel Feinberg lo examina tomando como caso tipo el del paciente que sufre graves discapacidades físicas (por ejemplo, una incapacidad total de movimientos de cuello para abajo) y que se enfrenta a una vida postrado en cama. Un paciente, por lo demás, con sus facultades mentales intactas. A su juicio, el argumento se presenta generalmente en cuatro formas, las cuales tienen en común que exigen al paciente que desea morir una prueba imposible, de manera que la posibilidad que en principio está abierta, que se practique una eutanasia voluntaria, queda en la práctica cerrada. En primer lugar, tenemos la asunción de que si una persona deprimida (que es el estado normal de los enfermos muy graves, discapacitados graves, etc.) solicita morir, esta petición misma prueba que la depresión ha perjudicado su juicio y, en consecuencia, su petición no es lo suficientemente voluntaria²⁵⁵. En su segunda forma, el argumento consiste en que la elección de la propia muerte refleja siempre una incapacidad para tomar decisiones porque si se hubiera razonado correctamente no se hubiera adoptado esa elección. En su tercera forma, el argumento consiste en sostener que cuanto más razonada y lúcida es una demanda de eutanasia, más claro se pone de manifiesto que el paciente tiene recursos intelectuales suficientes para enfrentarse a la continuación de la vida. Finalmente, el argumento adopta en ocasiones la forma siguiente: cuando se acerca el paciente a lograr su objetivo, la propia muerte, experimenta la satisfacción de una batalla ganada, pero si puede experimentar satisfacciones tiene una razón para vivir.

²⁵³ Véase: Kamisar, Yale: “Euthanasia Legislation: Some Non-Religious Objections”, en Owen Peter *Euthanasia and Right to Death*, ed. A. B. Downing, London, 1969.

²⁵⁴ *Nancy Beth Cruzan, by Her Parents and Co-Guardian, Lester L. Cruzan et ux, Petitioners v. Director; Missouri Department of Health*, 110 S. Ct. 2841 (1990).

²⁵⁵ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 359.

En conclusión, el argumento de que la demanda de eutanasia nunca es lo suficientemente voluntaria se basa, en sus diversas formas, en la construcción de un dilema lógico. Estos dilemas, como argumentos para una conclusión, son válidos, pero como base para una regla que regule las peticiones de eutanasia voluntaria son inaceptables, puesto que encubren una prohibición absoluta: se admite que cabe hacer esa petición, la eutanasia, a la vez que se fijan unas condiciones para su aceptación que son lógicamente imposibles de cumplir. Para nuestro autor, la determinación de la suficiente voluntariedad en una petición de eutanasia debe depender, por el contrario, de un test independiente del contenido de la elección. Otra cosa sería, de nuevo, no ser respetuoso con la autonomía individual.

El segundo argumento fundamental en apoyo de la prohibición absoluta de la eutanasia voluntaria -el que prescinde de los méritos individuales del caso-, suele presentarse en la forma de una analogía con el siguiente argumento contra la pena de muerte: “es preferible –se afirma- que diez personas culpables escapen a que una sola inocente sufra”. De la misma manera, sería preferible que no se practique la eutanasia en casos en que estaría justificada, porque la decisión del paciente es lo suficientemente voluntaria, a que se practique en casos en los que no estaría justificada, porque la petición del paciente no es lo suficientemente voluntaria o porque, en realidad, no ha existido tal petición. Sin embargo, a juicio de Joel Feinberg, esta analogía es incorrecta porque en el caso de los condenados a muerte, la salvaguarda de los intereses de los inocentes se hace a costa de permitir un beneficio gratuito a los culpables, mientras que en el caso de la eutanasia, la salvaguarda de los intereses de los que verán injustamente acortada sus vidas se hace a costa de la imposición de un daño a los que verán frustrados sus deseos de morir, un daño que en los casos típicos de eutanasia no puede ser juzgado como pequeño²⁵⁶. La cuestión final es cómo hacer la comparación entre los daños que conlleva la prohibición absoluta de la eutanasia y el daño de su permisión. A juicio de nuestro autor: “no puede demostrarse que el número probable de inocentes muertos constituiría un mal mayor que el probable número de individuos erróneamente mantenidos con vida”²⁵⁷.

²⁵⁶ Feinberg, Joel: “An Unpromising Approach to the ‘Right to Die’”, en Feinberg, Joel: *Freedom & Fulfillment*, cit., p. 268.

²⁵⁷ Feinberg, Joel: “An Unpromising Approach to the ‘Right to Die’”, en Feinberg, Joel: *Freedom & Fulfillment*, cit., p. 282.

Para finalizar quisiera presentar brevemente la posición de Joel Feinberg sobre la justificación de la eutanasia voluntaria considerado el problema desde el punto de vista de la inalienabilidad del derecho a la vida, que, como es sabido, es la forma habitual de enfrentar el problema por parte de los tribunales²⁵⁸. A su juicio, habría tres posiciones fundamentales al respecto. La primera, que es la que llama de “los paternalistas”, sostendría que el derecho a la vida es un derecho obligatorio irrenunciable; se trataría, en realidad, de un deber, como el deber de los niños de acudir al colegio, pero que, como entraña un beneficio para la persona sobre la que pesa el deber “con independencia de lo que pueda pensar la persona de cuya vida se trata”, podemos denominarlo con propiedad un “derecho”. El derecho a la vida entrañaría el deber de vivir y no un derecho a morir. La segunda posición, que llama de “los Padres Fundadores”, sostendría que el derecho a la vida sería un derecho discrecional y no obligatorio: el derecho a morir sería, simplemente, la otra cara de la moneda del derecho a vivir. De la misma manera, cuando no está en mi mano matarme podría renunciar a mi derecho a la vida liberando a una persona de su deber de no matarme, lo cual debe ser cuidadosamente distinguido de alienar el derecho en sí mismo, es decir, dejar en manos de otros el derecho a matarme o no, esté yo de acuerdo o no cuando se dispongan a ejercer ese derecho²⁵⁹. “El derecho en sí mismo –afirma Joel Feinberg-, en oposición a aquello en lo que el derecho consiste, es inalienable”²⁶⁰. Finalmente, la tercera posición, que denomina “el extremo antipaternalista”, interpreta, al igual que la segunda, que el derecho a la vida es un derecho discrecional, pero va más allá al afirmar que no sólo la vida sino también el derecho discrecional a la vida es alienable. La única condición que se exigiría para alienar cualquier derecho es que “la elección sea completamente informada, bien pensada y no coaccionada, esto es, completamente voluntaria”²⁶¹.

²⁵⁸ Véase: Feinberg, Joel: “Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 7(1990), pp. 61-88.

²⁵⁹ De la misma manera que no es lo mismo vivir sin propiedades que renunciar al derecho de ser propietario.

²⁶⁰ Feinberg, Joel: “Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida”, *cit.*, p. 87.

²⁶¹ Feinberg, Joel: “Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida”, *cit.*, p. 88. Quisiera llamar la atención sobre que en este artículo Joel Feinberg presupone el estándar de voluntariedad en las elecciones que propone en su artículo “Legal paternalism” (1971) y que, como ya tuve oportunidad de señalar, es mucho más exigente que el desarrollado posteriormente en *Harm to Self* (1986) y mantenido hasta la actualidad. Como vemos, para nuestro autor, una decisión amparada por la autonomía individual es una

De estas tres posiciones Joel Feinberg se situaría entre la segunda y la tercera. A su juicio, la última tendría la virtud de oponerse *completamente* al paternalismo (lo cual *a sensu contrario* conlleva que la segunda supone una aceptación *parcial* del paternalismo), a la vez que sería compatible con que de hecho ninguna alineación del derecho a la vida fuera permitida por el Estado, no porque en principio esto fuera inaceptable, sino porque la “evidencia de voluntariedad que podamos obtener nunca podrá ser suficientemente fuerte para dejar a un lado la presunción natural de que nadie en su sano juicio, totalmente informado, se entregaría a una permanente pobreza o esclavitud o vendería su derecho discrecional a la vida”²⁶². Finalmente, concluye nuestro autor que “cualquiera que sea el juicio que hagamos sobre la tercera posición, será compatible con la tesis fundamental de este ensayo: que el derecho inalienable a la vida puede ser interpretado de tal manera que no es infringido por la eutanasia voluntaria; que tal interpretación (la de la segunda posición) es coherente y razonablemente plausible; y que ella es probablemente la explicación que mejor traduce las intenciones de Jefferson y de los otros padres fundadores”²⁶³.

14. Consideraciones críticas

14.1. El paternalismo fuerte y débil en relación con los casos de una sola parte y de dos partes

La enunciación que Joel Feinberg nos propone del principio de paternalismo jurídico se limita al paternalismo fuerte *directo*: aquél en el que el sujeto beneficiado y el destinatario de la prohibición penal coinciden. Los casos de paternalismo indirecto quedan fuera del ámbito de aplicación de este principio, a pesar de que es el tipo de paternalismo que con más frecuencia se da en los Códigos penales modernos (por ejemplo, la prohibición del auxilio al suicidio, eutanasia, lesiones con el consentimiento de la víctima, tráfico de drogas, bigamia, usura, etc.). Parece, entonces, que habría dos principios de paternalismo fuerte: uno, aplicable a los casos de paternalismo directo y,

decisión “completamente voluntaria” (más tarde se referirá a “suficientemente voluntaria”), lo cual quiere decir, además de completamente informada y no coaccionada, “bien pensada”, es decir, acciones o decisiones *deliberadas*.

²⁶² Feinberg, Joel: “Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida”, *cit.*, p. 88.

otro, aplicables a los casos de paternalismo indirecto. El enunciado de este segundo principio correspondería con el del principio de daño a terceros no mediado por la máxima *volenti non fit injuria*.

Desde el punto de vista del paternalismo débil, encontramos que simétricamente habría dos principios que resultarían de la negación de los principios de paternalismo fuerte. En primer lugar, como Joel Feinberg señala, tendríamos un principio de paternalismo débil indirecto que se confunde con el principio de daño a terceros mediado por la máxima "*volenti*". Pero tendríamos también un principio de paternalismo débil directo que no se puede reconducir al principio de daño a terceros y que, siendo coherente con la formulación de los principios de Joel Feinberg, podríamos enunciar de la siguiente manera:

"Siempre es una buena y relevante razón (aunque no necesariamente decisiva) en apoyo de una prohibición penal que ésta evitará un daño (físico, psíquico o económico) *asumido de forma no suficientemente voluntaria*, al destinatario mismo de la prohibición".

Si lo anterior es correcto, Joel Feinberg debería modificar su propia definición de un Derecho penal liberal (caracterizada porque sólo los principios de daño a terceros y ofensa son legítimos) para añadir un tercer principio limitativo de la libertad legítimo: el principio del paternalismo débil directo. Pero, sin duda, Joel Feinberg replicaría que esta modificación no es necesaria porque el principio de paternalismo débil, en los casos de una parte, no es un principio limitativo de la libertad (que autoriza a dictar una prohibición general), sino un principio negativo para el legislador, que le impediría sancionar (justificadamente) por medio del Derecho penal algunas acciones de interferencia, por parte de los particulares y algunas autoridades, con las acciones auto-dañosas y presumiblemente involuntarias de los individuos (por ejemplo, este principio vedaría sancionar a un individuo que ha impedido por la fuerza que otro se dispare un tiro en la cabeza). La razón por la que, para nuestro autor, el paternalismo débil en los casos de una sola parte no alcanzaría nunca a fundar una prohibición general es que siempre se podría acudir a otros mecanismos menos restrictivos (por ejemplo, someter las actividades peligrosas a licencia).

²⁶³ *Ibidem*.

Ahora bien, todos los principios limitativos de la libertad enunciados por Joel Feinberg se presentan en términos de “buenas y relevantes razones” e incorporan la cláusula de la “necesariedad”, es decir, que no haya otros medios, diferentes a la prohibición general, igualmente eficaces con un coste no mayor a otros valores. Con estas precisiones sobre el carácter de los principios, para descartar que el principio del paternalismo débil directo sea también un principio limitativo de la libertad es necesario descartar, a su vez, que (1) quepa presumir de algún tipo de acción que en la mayoría de las ocasiones es realizada de forma no suficientemente voluntaria y (2) que las sanciones sean un medio adecuado para evitar este tipo de acción.

Joel Feinberg aceptaría, a mi juicio, que (1) es verdadero: por ejemplo, las automutilaciones graves son el tipo de acción del cual es presumible que siempre se hacen de forma insuficientemente voluntaria, por lo que su posición en cuanto a la plausibilidad del paternalismo débil directo como un principio limitativo de la libertad se basa en negar (2). Creo que el argumento es plausible si se limita a las sanciones penales y, concretamente, a la sanción penal típica, la privación de libertad. En general, parece que cualquier beneficio que quepa imponer a los ciudadanos se vería negativamente sobrepasado por el medio empleado si éste es una sanción penal. Sin embargo, si pensamos en sanciones de menor gravedad, como las sanciones administrativas, no hay razón para pensar que sean siempre medidas inidóneas para una estrategia de paternalismo débil directo. Si bien Joel Feinberg se refiere centralmente a las sanciones penales, creo que sus argumentos pretenden validez para cualquier limitación coactiva de la libertad, ya sea de naturaleza penal o administrativa. En esta medida, debería aceptar la validez de un principio limitativo de la libertad de paternalismo directo, aunque estrictamente no se aceptara como un principio válido del Derecho *penal* liberal.

En los casos de dos partes, en opinión de nuestro autor, la estrategia del paternalismo débil sí que autorizaría al legislador a prohibir con carácter general una acción peligrosa si fuera muy extraño que se preste consentimiento válido a la misma. Con respecto a las personas que, con todo, consintieran válidamente todavía sería aceptable mantener la prohibición general en razón de que es mejor que unos pocos sufran injusticia a que la sufra la mayoría (como resultado de la permisión total) o que se asuman los elevados costes de considerar caso por caso la suficiente voluntariedad del

consentimiento. En mi opinión, Joel Feinberg debería admitir que esta consideración se aplica también al principio de paternalismo débil directo y que, por tanto, en principio, una prohibición (aunque no tenga carácter penal) de un algún tipo de acción auto-referente, peligrosa y presumiblemente involuntaria con carácter general (por ejemplo, la posesión para el *consumo* de drogas extraordinariamente dañosas) podría tener justificación.

14.2. Leyes paternalistas, mayorías y minorías

Una de las aportaciones, a mi juicio, más interesantes de Joel Feinberg a la discusión sobre el concepto de paternalismo es su propuesta de criterios para calificar a una concreta ley como paternalista. Estos criterios se resumen en la idea de que una ley en concreto es paternalista cuando su *fundamento implícito* es paternalista.

Sin embargo, al mismo tiempo que se explica esta idea, Joel Feinberg introduce un nuevo recorte en el concepto de paternalismo: si una ley coactiva es aprobada por la mayoría y su fundamento implícito es perseguir el bien de esta mayoría y no imponer “seguridad y prudencia sobre la minoría voluntaria”, entonces el fundamento de la ley no es paternalista. El objetivo de estas leyes sería proveer a la mayoría de los medios para asegurar sus objetivos.

A mi juicio, Joel Feinberg hace aquí una identificación entre tres ideas que convendría mantener separadas: la primera es la idea de una mayoría que aprueba una ley, la segunda es la idea de una mayoría que cumple voluntariamente (no movida por la coacción) una ley coactiva y la tercera es la idea de una ley coactiva que provee a la mayoría de los medios necesarios para asegurar sus objetivos.

Es de suponer que cuando Joel Feinberg dice “una ley aprobada por la mayoría” se refiere algo distinto del requisito formal de la mayoría parlamentaria para que una ley sea válida en una sociedad democrática. Se trataría de la coincidencia real entre la voluntad de los representantes parlamentarios y la de la mayoría de los ciudadanos. Esta coincidencia es, en mi opinión, compatible con la calificación de la ley como paternalista, porque no implica que la misma mayoría que aprueba la ley cumpla, sin embargo, con

ella de forma voluntaria. Así, una mayoría puede tratar de imponer prudencia a sí misma por medio de leyes que restringen o eliminan ciertas oportunidades de acción.

Joel Feinberg nos dice que la contribución obligatoria a una caja pública de pensiones de vejez es un ejemplo de estas medidas no paternalistas por contar con la aprobación de la mayoría, que refleja que se trata de una medida *necesaria* para que la mayoría cumpla sus objetivos. Ahora bien, si entendemos que la mayoría que voluntariamente quiere asegurarse su vejez puede hacerlo con garantías a través del mercado (asunción que puede ser cierta para la mayoría de los países desarrollados), la necesidad no debe referirse directamente a la solución de problemas de coordinación. Si la mayoría sigue prefiriendo un sistema público de pensiones (como ocurre en las sociedades europeas con extendidas convicciones socialdemócratas) puede no ser porque un sistema público sea el único medio para lograr sus objetivos (que no lo es), sino porque desconfía de su disposición a reservar voluntariamente, llegado el momento, una cantidad de sus ingresos al aseguramiento de la lejana vejez. Es, como explicaba John Rawls, un seguro contra nuestra propia irracionalidad. Es la aceptación de un sistema en el que la opción de no reservar lo necesario a lo largo de la vida para disfrutar de una vejez digna queda cerrada.

En resumen, Joel Feinberg nos presenta a las leyes paternalistas como limitadas a aquellas que tratan de imponer prudencia a una minoría involuntaria. La cuestión es que esa minoría involuntaria puede formar parte de la mayoría que aprueba la ley, porque se trata, precisamente, de quienes saben que pueden comportarse imprudentemente cuando se presente la ocasión. Puede que quienes no reserven parte de sus ingresos para la vejez, en ausencia de un sistema obligatorio, sean una minoría (quizás no), pero la mayoría que aprueba la ley puede tratar, en realidad, de precaverse contra la contingencia de formar parte en el futuro de esa minoría. La mayoría puede tratar, en definitiva, de imponer prudencia a sí misma.

14.3. Razonabilidad y voluntariedad

Uno de los presupuestos más importantes en la estrategia del paternalismo blando es la distinción entre actos irrazonables, incluso manifiestamente irrazonables, y actos involuntarios. Esta distinción reflejaría tanto las diferencias de principio entre

paternalismo duro y blando (el primero centrado en la prudencia de los actos, el segundo en la voluntariedad), como las diferencias prácticas en la aplicación de ambas doctrinas. A mi juicio, sin embargo, la tesis de que la irrazonabilidad de un acto no presupone involuntariedad es discutible de acuerdo con un plausible sentido de “irrazonabilidad”.

Hay que advertir, en primer lugar, que la razonabilidad de un acto se puede medir desde el punto de vista del agente o desde el punto de vista de un observador. En cierto sentido, siempre que un individuo juzga que la acción de otro es irrazonable lo hace desde su propio punto de vista como observador pero, en otro sentido, el observador puede tomar como base para su juicio las razones que el propio agente tiene para actuar o las que él (el observador) cree que son buenas razones para actuar. Estos juicios de razonabilidad a partir de las razones del propio agente, que podríamos denominar “internos”, son posibles por la asunción de diversos presupuestos, notablemente complejos, sobre la explicación de las acciones. Siguiendo a Juan Carlos Bayón, puede decirse que la idea fundamental es que existe una diversidad de razones para actuar, que pueden clasificarse en tres categorías: deseos, razones prudenciales y razones morales; y que estas tres categorías están jerarquizadas, de manera que, para un individuo, un deseo es una razón válida (desde su propio punto de vista) para actuar, siempre que no entre en contradicción con lo que el propio individuo considera que le interesa o que es debido moralmente²⁶⁴. De la misma manera, promover o proteger algún interés es una razón válida para actuar para un individuo, siempre que esto no suponga una acción que viole algún límite moral asumido por el propio individuo. La consistencia entre los deseos, las razones prudenciales y las razones morales al actuar es lo que Juan Carlos Bayón denomina satisfacer la cláusula *ceteris paribus*.

Centrándonos únicamente en la consistencia entre deseos y razones prudenciales (es decir, limitándonos al ámbito de la prudencia), habría dos juicios diferentes de razonabilidad de una acción. Según uno de ellos, que podríamos denominar de razonabilidad⁰, una acción sería irrazonable si viola la cláusula *ceteris paribus* en la relación entre deseos y razones prudenciales. Según el otro, que podríamos denominar de

²⁶⁴ Véase: Bayón, Juan Carlos: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, ed. CEC, Madrid, 1991, pp. 45-196.

razonabilidad¹, una acción sería irrazonable si frustra un interés objetivo del agente, es decir, un interés que el agente tiene con independencia de que lo crea o no.

A la luz de estas consideraciones podemos volver a la cuestión planteada por Joel Feinberg. La primera pregunta sería ¿es posible asumir riesgos manifiestamente irrazonables¹ de forma completamente voluntaria? A mi juicio, la respuesta es afirmativa y estaría de acuerdo con Joel Feinberg en que frustrar algunos de nuestros intereses objetivos (intereses de bienestar) es un indicio de incompetencia pero no manifiesta por sí mismo la incompetencia. La razón de ello, a mi juicio, es que podemos aceptar que algunos intereses son objetivos sin por ello entender que son absolutos (en esto serían análogos a las razones morales), de manera que hay circunstancias en que poner en peligro la propia vida, o incluso quitarse la vida, puede ser razonable.

Mi discrepancia con Joel Feinberg, sin embargo, se refiere a la otra posible pregunta: ¿es posible asumir riesgos manifiestamente irrazonables⁰ de forma completamente voluntaria? Nuestro autor contesta afirmativamente, pero, a mi juicio, su posición es criticable. Si juzgamos una acción como irrazonable⁰, el juicio sólo puede depender de la constatación de alguna de las siguientes circunstancias: primera, que el actor padece algún tipo de incompetencia (en sentido estricto) que le impide actuar conforme a sus deseos; segunda, que el actor basa su acción en creencias erróneas o, segunda, que el actor ha actuado en contra de alguna razón, de mayor peso, que él mismo tenía, es decir, que se ha producido el fenómeno conocido como de la “debilidad de la voluntad”.

Joel Feinberg, como hemos visto, entiende que la ignorancia natural y la creencia errónea, negligente o no, son un factor decisivo para juzgar a una acción peligrosa como insuficientemente voluntaria²⁶⁵; e, igualmente, por lo que respecta a la incompetencia. Por ello, su postura de que un acto puede ser irrazonable⁰, manifiestamente irrazonable incluso, y, a la vez, suficientemente voluntario, descansa en la negación de que el fenómeno de la “debilidad de la voluntad” sea posible. A mi juicio, sin embargo, es muy discutible que ese fenómeno, la debilidad de la voluntad, no exista y, si existe, que no

²⁶⁵ Véase el apartado 11.7.2. de este capítulo.

merezca ser tomado en cuenta como un factor que reduce la involuntariedad (como un tipo de incapacidad, entendida ésta en sentido amplio).

Los dos sentidos de razonabilidad son, a mi juicio, relevantes para la justificación del paternalismo. La irrazonabilidad¹ es compatible con la voluntariedad en la medida en que hay circunstancias en las que un interés objetivo deja de serlo. Este tipo de irrazonabilidad¹ sería la base, no obstante, para establecer presunciones generales sobre la voluntariedad de los actos. La irrazonabilidad⁰, sin embargo, sería, a mi juicio, siempre incompatible con la voluntariedad y cuando coincide con la irrazonabilidad¹ proporcionaría una muy buena razón para la interferencia paternalista.

Es interesante observar que los ejemplos de “irrazonabilidad voluntaria” que nos proporciona Joel Feinberg se pueden reconducir a estos dos tipos: Primero, los irrazonables por convicción serían el paradigma de irrazonable¹ que no es irrazonable⁰ (el aventurero romántico cuya plan de vida consiste precisamente en una continua búsqueda de sensaciones intensas). Segundo, aquellos que tienen *lapses* de irrazonabilidad, como los que sufren de “debilidad de la voluntad”, que serían un caso claro de irrazonabilidad⁰. Y, tercero, aquellos que actúan de forma irrazonable por rasgos del carácter, como una auto-indulgencia excesiva, que, a mi juicio, pueden reconducirse a los dos casos anteriores, dependiendo de si el sujeto ve su auto-indulgencia como un defecto (débil de voluntad) o cree que forma parte de su personalidad (apático por convicción).

La conexión entre razonabilidad, juzgada desde el punto de vista del agente, y voluntariedad de los actos se hace más plausible, en mi opinión, si nos detenemos a considerar la idea de voluntariedad.

La caracterización en negativo del acto voluntario, como acto no afectado por elementos que reducen la voluntariedad, es una opción práctica que permite avanzar en el discurso sin tener que enfrentarse a la complicada cuestión del concepto de “voluntad”. Sin embargo, me temo que alguna idea en positivo sobre la voluntad hay que tener, que nos ayude a entender el extraordinario valor que se le concede a la propiedad de la voluntariedad, la presencia de la cual, de acuerdo con nuestro autor, garantizaría el derecho moral de los individuos a auto-destruirse (siempre que lo hagan de forma suficientemente voluntaria).

Sobre la caracterización en positivo de la voluntad, Joel Feinberg nos dice dos cosas: una, que es una propiedad graduable y, dos, que la escala que mide la voluntariedad va desde lo que uno hace con su cuerpo cuando no tiene control sobre él (por ejemplo, un tropiezo) o cuando no sabe realmente lo que está haciendo (echar cianuro en la sopa creyendo que es sal), el escalón inferior de la escala, hasta la “elección deliberada” según el modelo aristotélico, el escalón superior de la escala.

En mi opinión, sin embargo, se puede poner en duda que ambos extremos correspondan a la misma escala. Si parto del escalón superior y desciendo por la escala, lo que me encuentro al final, me parece, es la irreflexiva persecución de los deseos más inmediatos y espontáneos. La voluntad, en esta escala, vendría a ser, utilizando la expresión de Platón, una facultad intermedia entre nuestros deseos y la razón, que supedita aquellos a ésta, que nos mueve a la protección y promoción de nuestros intereses y convicciones morales. Por el contrario, si parto del escalón inferior y asciendo en la escala, me encuentro al final con un acto que puede ser correctamente descrito a partir de la intención del agente (sería la voluntariedad que se presupone en frases como la siguiente: “El acto de A de fumar, le supuso una enfermedad pulmonar incurable”), pero que no es necesariamente deliberado, ni protector o promotor de los intereses del agente. Esta segunda escala de voluntariedad, a mi juicio, se basaría en la idea de que siempre que se constata que alguien ha hecho algo intencionalmente y a no tiene sentido plantearse si eso era lo que realmente quería hacer. Creo que tiene razón, sin embargo, Juan Carlos Bayón cuando critica la plausibilidad de esta idea y explica que ella se basa en una confusión entre los puntos de vista *ex ante* y *ex post* al explicar la acción de un agente²⁶⁶. Un sujeto puede tener razones para actuar *ex ante* que no son las que explican su acción *ex post*, lo cual le permite ejercer la autocritica y afirmar que “no debería haber actuado como lo he hecho”, ya sea por razones morales o prudenciales.

La conexión entre la razonabilidad, juzgada desde el punto de vista del agente, y la voluntariedad es coherente, además, con la noción de “trastorno mental” de la psicología actual. Se trata de una noción de carácter funcional, en la que el elemento central es la idea de un patrón de conducta que va asociado con la generación de estados de angustia,

²⁶⁶ Véase: Bayón, Juan Carlos: *La normatividad del derecho*, cit., pp. 49 y ss.

incapacidades o con “un riesgo incrementado significativamente –por ese patrón de conducta- de sufrir la muerte, dolor, incapacidad o una importante pérdida de libertad”²⁶⁷. Además, se entiende que hay un continuo entre la salud y la enfermedad mental, de manera que esta última es una cuestión de grado.

14.4. Crítica a la noción de la autonomía como soberanía individual

Como hemos visto, la clave de la argumentación de Joel Feinberg en torno a la justificación del paternalismo es su concepción de la autonomía individual. En particular, habría tres aspectos esenciales de esta concepción:

1) La vinculación entre autonomía individual y libertad jurídico negativa (claramente establecida por medio de la analogía con la noción de soberanía estatal: de la misma manera que el corolario de la soberanía estatal, de acuerdo con el Derecho internacional clásico, es el principio de no intervención, el de la soberanía individual sería el principio de libertad negativa).

2) El ámbito de la autonomía, que englobaría todo el conjunto de los actos auto-referentes y suficientemente voluntarios.

3) La naturaleza del principio de autonomía como un derecho totalmente inderivable y más básico moralmente que el valor del bien individual.

Junto a esta concepción, el propio Joel Feinberg rechaza dos concepciones alternativas que resultan de modificar los aspectos 2 y 3 que se acaban de mencionar: el ámbito y la naturaleza de la misma. En primer lugar, cabría aceptar que la autonomía individual demanda una esfera de libertad jurídico negativa (primer aspecto) y que, dentro de esta esfera, las consideraciones de bienestar individual nunca alcanzan a pesar más que el respeto por la autonomía (tercer aspecto), pero situando las fronteras de la soberanía individual no en la línea que separa los actos auto-referentes de los hetero-referentes (el criterio de John S. Mill), sino en la línea que separa los actos auto-

²⁶⁷ Véanse las sucesivas ediciones del DSM (*Diagnostic and Statistical Manuals*) editado por la Asociación Americana de Psiquiatría. La cita pertenece al *DSM III-R*, aunque la definición se mantiene inalterada en el *DSM IV*.

referentes e *importantes* para la autonomía de los actos auto-referentes pero triviales para la autonomía. En segundo lugar, cabría concebir la autonomía individual de la misma manera que propone Joel Feinberg en cuanto al primer y segundo aspecto, pero negándole la naturaleza de ser un derecho totalmente inderivable y más básico moralmente que el valor del bien individual, de manera que ante un conflicto entre autonomía y bienestar individuales habría que ponderar para determinar qué principio prevalece a la luz de las circunstancias del caso.

De acuerdo con estos criterios, se podría denominar a la concepción de la autonomía de Joel Feinberg como “amplia y fuerte”, a la primera variación como “estrecha y fuerte” y a la segunda como “amplia y débil”. Esta dos últimas, a mi juicio, vendrían a rescatar ciertos rasgos importantes de una concepción plausible de la autonomía individual que se pierden en la concepción “amplia y fuerte”²⁶⁸.

La concepción “estrecha y fuerte” pone el énfasis en que el valor de la autonomía individual no reside meramente en la realización libre de actos, sino, siguiendo la formulación de C. S. Nino, en “la libre elección individual de planes de vida y en la adopción de ideales de excelencia humana”²⁶⁹. No cabe duda de que muchos actos del ámbito de la conducta auto-referente no son significativos en relación con este valor de la autonomía en sentido fuerte, salvo porque quizás pueden poner en peligro bienes que son condiciones necesarias para que el propio valor de la autonomía sea realizable: por ejemplo, la conducta de no ponerse el cinturón de seguridad. Joel Feinberg admite, como hemos visto, que restringir la autonomía individual a las decisiones *importantes* es una buena manera de dejar de discutir con el paternalista duro en torno a algunas regulaciones más o menos triviales y plausiblemente justificadas. Sin embargo, no le parece una concepción aceptable por dos razones: 1) La primera sería “que es difícil aplicar un concepto restringido de la soberanía personal de manera que no parezca arbitraria”²⁷⁰; a lo que añade apodícticamente: “Lo correlativo de la vaguedad en un criterio es la

²⁶⁸ Habría una concepción todavía más amplia de la autonomía individual: aquella que protegería de la intervención estatal toda la esfera de actos que no dañan a terceros, sean o no actos completamente voluntarios.

²⁶⁹ Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, cit., p. 204.

²⁷⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 93.

arbitrariedad en su aplicación”²⁷¹; 2) La segunda razón sería la constatación de que las diferencias individuales crean grandes dificultades para el criterio restrictivo de los límites de la soberanía, puesto que lo que para unos puede ser una interferencia *trivial* con su libertad para otros puede no serlo.

A mi juicio, ambas razones son rechazables. En primer lugar, si bien es cierto que lo correlativo de la vaguedad en un criterio es la arbitrariedad, no se puede descartar sin más que la noción de “interferencia trivial en la libertad” tenga algunos casos claros de aplicación: por ejemplo, la interferencia consistente en obligar a los navegantes a llevar chalecos salvavidas en sus barcos. Por otro lado, es llamativo que Joel Feinberg sostenga esta opinión en relación con la aplicación del ciertamente vago criterio de “interferencia trivial” y no repare en que algo similar cabría decir de la aplicación de la noción de “decisión voluntaria”, sin la cual toda su estrategia del paternalismo blando fracasa.

En cuanto a la segunda razón, la cuestión es si cabría fundamentar alguna generalización suficiente sobre lo que no se considera una “decisión importante” para la autonomía individual, a pesar de que algunos individuos o pequeños grupos pudieran sinceramente discrepar. En mi opinión, esto es posible y el caso de los cinturones de seguridad es un buen ejemplo de ello: obligar a los individuos a llevar el cinturón de seguridad es una manera de asegurar el bien de las personas a costa de una interferencia trivial con su libertad. Aquí habría que distinguir entre la importancia que una interferencia en la esfera de la conducta auto-referente puede tener para “la libre elección individual de planes de vida y en la adopción de ideales de excelencia humana” y la importancia que una interferencia tenga por el mero hecho de producirse en el ámbito de la conducta auto-referente. Se podría denominar como ideología de la libertad a la confusión de estos dos sentidos de importancia con la pretensión de que los individuos acepten que cualquier interferencia en la esfera auto-referente es por este mismo hecho una violación de su autonomía individual²⁷².

²⁷¹ *Ibidem.*

²⁷² Esta concepción estrecha y fuerte de la autonomía individual es coherente con la práctica constitucional de diferenciar ciertas libertades especiales como libertades básicas frente a una libertad general. En la Constitución española, por ejemplo, el derecho general de libertad se expresaría en el art. 1.1 C.E. cuando hace referencia a la libertad como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico y en el art. 10.1 C.E. cuando señala que el “libre desarrollo de la personalidad” constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Sin embargo, se trata de un “derecho” fuera del coto vedado de los derechos y libertades fundamentales (del art. 14 al 29) que no reconocería un derecho subjetivo

La concepción “amplia y débil” de la autonomía, por su lado, pondría el énfasis en que la libertad negativa no es el único bien primario o interés del bienestar que tienen los individuos. De acuerdo con esto, salvo que se suscriba la implausible tesis milliana de que el ejercicio de la libertad *siempre* conduce al bien personal, es razonable pensar que algunos de esos otros bienes primarios (por ejemplo, el no estar físicamente discapacitado) pueden ser asegurados con una disminución en la libertad negativa. Cuando se aprecia un conflicto entre la libertad individual y el bienestar personal habría que ponderar qué principio pesa más a la luz de las circunstancias del caso. A esta postura la denomina Joel Feinberg, como vimos, “estrategia del balance”. El rechazo a la misma se debe a su presuposición de que el valorar qué principio pesa más en un caso concreto se hace “intuitivamente”²⁷³.

A mi juicio, sin embargo, no es cierto que el balance necesariamente se haga de forma intuitiva. Seguramente, es cierto que la intuición juega un papel importante en la ponderación, que consiste en la selección de casos paradigmáticos, a partir de los cuales se razona apreciando analogías y diferencias. Pero no creo que Joel Feinberg se refiera a éste intuicionismo, porque entonces deberíamos coherentemente rechazar también el propio método de equilibrio reflexivo que, como vimos, nuestro autor defiende como *único camino* para justificar la validez de los principios limitativos de la libertad; método que comienza con “aquellos juicios y actitudes singulares sobre problemas sociales particulares que nos inspiran más confianza”. Más incoherente todavía sería sostener, por parte de nuestro autor, que más allá de la selección de casos paradigmáticos el propio proceso de argumentación en los casos de conflicto entre principios es incontrolable -no hay criterios de corrección-, y, por tanto, se resuelve de una forma “intuitiva”. Si no existieran estos criterios de corrección para la ponderación, tampoco existirían para juzgar el discurso de Joel Feinberg sobre los límites morales del Derecho penal.

fundamental; sería, más bien, una norma que establecería una simple presunción a favor de la libertad general (de manera que siempre se debería presentar una justificación, aunque sea mínima, para imponer una prohibición u obligación jurídica). En relación con el Art. 1.1 de la CE, el Tribunal Constitucional señala que “es indudable que muchos de los derechos fundamentales y libertades públicas tutelables en amparo son proyecciones del valor libertad, pero sólo estas proyecciones concretas crean derechos amparables en esta vía procesal” (STC 120/1990, de 2 de julio de 1990). Véase: García San Miguel, Luis (coord.): “*El libre desarrollo de la personalidad*”, ed. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995.

²⁷³ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 61.

Con todo, mostrar que las críticas que Joel Feinberg dirige a otros métodos alternativos de tratar con los problemas del paternalismo no son decisivas no implica que su propia concepción no sea correcta. Sin embargo, como decía anteriormente, estas concepciones alternativas pondrían el énfasis en aspectos que, en mi opinión, no han sido debidamente atendidos por nuestro autor. En primer lugar, la concepción que he denominado estrecha y fuerte pondría de manifiesto que la autonomía individual es valiosa en la medida en que posibilita adoptar libremente planes de vida e ideales de excelencia humana que son razonables, pero no tiene valor si conduce, por ejemplo, a la auto-destrucción del individuo sin que haya ninguna razón aceptable para ello (sin que se vea un bien compensatorio o la evitación de un daño para el propio individuo u otros). Algo parecido ocurriría en relación con los Estados: la soberanía estatal pierde valor si sólo sirve para proteger un régimen político irrazonable del que tan sólo se derivan perjuicios para los ciudadanos. En segundo lugar, la concepción amplia y débil pondría de manifiesto que las consideraciones de bienestar individual reaparecen en todas y cada una de las etapas del razonamiento sobre la justificación de nuestras decisiones y acciones y, en particular, en torno a la justificación de nuestras prácticas jurídicas. Así, el estándar de la voluntariedad se mueve según el daño que está en juego, la presunción de involuntariedad depende de los riesgos implicados, la idea de bienes primarios o intereses del bienestar está en la base de la justificación moral, etc.

Por último, la estrategia del anti-paternalismo blando de Joel Feinberg debería, al objeto de poder seguir sosteniendo la prioridad absoluta del principio de autonomía sobre las consideraciones de bienestar individual, reforzar el valor de la autonomía individual. Para ello, sería importante introducir junto a los factores que reducen la voluntariedad tratados por Joel Feinberg, otros elementos que puedan afectar a la autonomía de una decisión: por ejemplo, la debilidad de la voluntad o la existencia de preferencias que son una adaptación a las carencias del entorno (a la zorra no le apetecen las uvas que no puede alcanzar).

CAPÍTULO IV

El concepto y la justificación del paternalismo jurídico

en

Ernesto Garzón Valdés

BIBLIOTECA VIRTUAL



1. Introducción

Ernesto Garzón contribuyó a introducir el debate sobre el paternalismo en la iusfilosofía en lengua española a través de un influyente artículo, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, publicado en el año 1988¹. El trabajo de Ernesto Garzón se nutre de las aportaciones de la discusión norteamericana iniciada por Gerald Dworkin en 1970, pero entronca también con las fuentes clásicas de la filosofía moral y política, de una manera muy característica en este autor².

Es difícil exagerar la importancia que la categoría del “paternalismo” tiene en la filosofía moral y política de Ernesto Garzón. Podría decirse que el “paternalismo” es una pieza fundamental de la maquinaria argumentativa que este autor pone en juego para lograr su principal objetivo: “la justificación del Estado social de derecho desde un punto de vista liberal”³. A su juicio, en contra de la fundamentación liberal del Estado social suele aducirse: “el peligro del paternalismo (que sería el primer paso hacia la dictadura) y la diferencia radical que existiría entre deberes positivos y negativos”⁴. Sin embargo, explica Ernesto Garzón, la propia aceptación del principio de daño (incuestionable desde el punto de vista liberal) conduce a la aceptación de un paternalismo restringido y de la práctica de medidas asistenciales que impongan sacrificios mínimos.

¹ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *DOXA* 5 (1988), pp. 155-173 (obra por la que se cita). Una primera versión de este trabajo fue publicada en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, XIII (1987), núm. 3. Ha sido reeditado en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, Ed. CEC, Madrid, 1993, pp. 361-378; y, en versión inglesa, con el título: “On Justifying Legal Paternalism”, en *Ratio Juris*, 3 (1990), pp. 173-184.

² Sobre los rasgos generales de la filosofía moral de Ernesto Garzón, véase: Atienza, Manuel: “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, pp. 21-32.

³ Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, p. 12.

⁴ *Ibidem.*

A continuación, expondré los argumentos presentados por nuestro autor a favor de la justificación de ciertos supuestos de paternalismo a través de la noción de “incompetencia básica”. En segundo lugar, daré cuenta del debate entre Ernesto Garzón y Manuel Atienza al respecto de la justificación del paternalismo. En tercer lugar, se tratará de la aplicación que Ernesto Garzón hace de la noción de “incompetencia básica” a los niños y sus implicaciones para la doctrina de los “derechos de los niños”. En cuarto lugar, consideraremos la propuesta de nuestro autor de criterios de justificación de intervenciones “paternalistas” en el contexto de las relaciones internacionales. En quinto lugar, trataré de aclarar el alcance de la teoría del paternalismo de Ernesto Garzón en su filosofía política, en particular, las relaciones entre paternalismo y democracia. Finalmente, en sexto lugar, haré algunas consideraciones críticas.

2. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?

2.1. El paternalismo jurídico y otras figuras afines

Ernesto Garzón explica que suele llamarse “paternalismo” a “la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma”⁵. A su juicio, el principio de paternalismo jurídico, cuya aceptabilidad moral se cuestiona, tendría la siguiente formulación:

“Siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esa medida”⁶.

De acuerdo con esta definición, se proponen los siguientes ejemplos de paternalismo: la obligación de usar casco protector en las motos, las leyes que prohíben bañarse en playas donde no hay socorristas, la prohibición de venta de medicamentos sin receta, las leyes que prohíben ciertos juegos de azar aduciendo que ellos suelen atraer más a los pobres que a los ricos con el consiguiente perjuicio para ellos, etc.⁷

⁵ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p.155.

⁶ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 156.

⁷ *Ibidem.*

Ernesto Garzón distingue, además, el paternalismo jurídico de dos formas de intervención coactiva “relacionadas aunque no idénticas”:

“cuando el Estado interviene con el propósito de asegurar un beneficio (físico, psíquico o económico) del destinatario de la medida en cuestión; y el perfeccionismo: siempre es una buena razón en apoyo de una prohibición jurídica sostener que es necesaria para perfeccionar el carácter de la persona a quien se le impone (Feinberg). En estos dos tipos de intervenciones la idea de aumentar o promover el bien es la decisiva y es considerada por algunos como la única justificación ética admisible (Dan Brock)”⁸.

Nuestro autor añade que la discusión sobre la justificación de estas tres figuras (el ejercicio de la coacción para beneficiar, el perfeccionismo y el paternalismo) se encuadra en el contexto más amplio del problema del moralismo jurídico.

2.2. Argumentos contra el paternalismo

Los argumentos más frecuentes contra el paternalismo, explica Ernesto Garzón, son: el argumento utilitarista, el argumento del respeto a la autonomía de la persona y el argumento de la violación del principio de igualdad.

2.2.1. El argumento utilitarista

A juicio de Ernesto Garzón, el argumento utilitarista de John S. Mill⁹ se compone de las siguientes tesis: a) “nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses”¹⁰, b) las interferencias de la sociedad se basan en presunciones generales, que pueden ser todas equivocadas y, si son correctas, es probable que sean mal aplicadas a los casos individuales, c) a la larga se produce un mayor mal “al permitir a otros que le obliguen (al individuo) a hacer aquello que es su bien”¹¹, y d) “la

⁸ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 156. Véase: Brock, Dan: “Paternalism and Promoting the Good”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism, cit.*, pp. 237-260; y Feinberg, Joel: “Legal Paternalism”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, pp. 3-18.

⁹ Garzón Valdés extrae estas tesis de Stuart Mill, John: *On liberty*, Glasgow, 1978.

¹⁰ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.* p.158.

¹¹ Stuart Mill, John: *On liberty, cit.*, p. 207.

humanidad sale ganando si permite que cada cual viva como le parezca bien y no lo obliga a vivir como le parece al resto”¹².

Sostiene Ernesto Garzón que ninguna de estas tesis es universalmente válida. A su juicio, la tesis “a” es falsa como cuestión de hecho. Incluso el propio John S. Mill, señala Ernesto Garzón, reconoce al menos dos casos en los que no es cierto que el individuo conoce mejor que nadie sus intereses reales y los medios para promoverlos: uno, cuando alguien cree que le conviene renunciar a su libertad haciéndose esclavo y, dos, cuando los habitantes de un territorio no han llegado a un nivel de desarrollo comparable con el de los pueblos civilizados de Europa. En ambos casos, explica nuestro autor, “el o los sujetos sometidos a la acción paternalista parecen presentar algún tipo de déficit, debilidad o incompetencia del sujeto, que justificaría una excepción al principio de daño a terceros como fundamento exclusivo de la coacción estatal”¹³.

La tesis “b” o *argumento de las presunciones generales*, a juicio de Ernesto Garzón, está sujeta a las siguientes objeciones: 1) es paradójica, porque presupone un conocimiento suficiente de cómo la gente ha sido afectada en sus intereses por acciones pasadas; y 2) cabría preguntarse si el principio de daño no se basa también en presunciones generales: “porque se supone –dice Ernesto Garzón- que una acción A daña a terceros es prohibida con carácter de generalidad, aun cuando en un caso particular la suposición sea falsa”¹⁴.

Con respecto a las tesis restantes, Ernesto Garzón afirma, en primer lugar, que si no conocemos bien los intereses de cada cual, tampoco se podría hacer el cálculo del bienestar que requiere el principio utilitarista y, en segundo lugar, que la propia validez del principio de daño, que excluye algunas formas de vida, muestra que no es cierto que la humanidad salga ganando si se permite que cada cual viva como le plazca¹⁵.

¹² Stuart Mill, John: *On liberty*, cit., p. 138.

¹³ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, cit., p. 159.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

2.2.2. El argumento del respeto a la autonomía de la persona

Según este argumento, también defendido por John S. Mill, la intervención paternalista del Estado destruye la autonomía individual.

Ernesto Garzón propone analizar el concepto de autonomía en su relación con el paternalismo siguiendo la propuesta de Douglas N. Husak¹⁶. De acuerdo con la misma, cabe distinguir, al menos, tres versiones de la autonomía: a) autonomía como oportunidad del agente para ejercer su capacidad de elección, b) autonomía como capacidad de elección y c) autonomía como conformidad con la ley moral.

La autonomía como *oportunidad del agente para ejercer su capacidad de elección* supone que “se han eliminado todos los impedimentos para que en la oportunidad del caso (la persona) pueda ejercer su libertad de acción”¹⁷. Nuestro autor presenta como ejemplo de este tipo de impedimentos el de la camisa de fuerza, y sostiene que pocos casos de paternalismo pueden ser encuadrados en este tipo de restricciones. “Los cinturones de seguridad –dice Ernesto Garzón– no pueden ser considerados como una camisa de fuerza y las personas que en un accidente resultan dañadas por no haber usado cinturón de seguridad tienen menos oportunidades de llevar a cabo sus decisiones”¹⁸.

Otra versión de la autonomía es la de la “autonomía *como capacidad de elección*”. A juicio de nuestro autor, las intervenciones paternalistas no privan a las personas por lo general de este tipo de autonomía: puede estarse bajo coacción sin perder esta autonomía. Por el contrario, advierte Ernesto Garzón, muchas intervenciones paternalistas pueden incluso preservar esta capacidad de elección.

También apela a esta versión de la autonomía el argumento según el cual la intervención paternalista no permite a la persona afectada que elija por sí misma y en su lugar lo hace otro, de manera que “se entra en el campo de la heteronomía y se abandona

¹⁶ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.* pp. 160-161. Véase: Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, en *Philosophy and Public Affairs*, 1981, vol.10, núm. 1, pp. 27-46.

¹⁷ Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, *cit.*, p.34.

¹⁸ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 160.

el ámbito de la moral”¹⁹; pero, si este argumento es válido contra el paternalismo, también destruiría –advierte nuestro autor- la posibilidad de ejercer la coacción basándose en el principio de daño a terceros.

Finalmente, por “autonomía” cabe entender “*conformidad con la ley moral*”. De acuerdo con esta versión de la autonomía, una decisión autónoma es una decisión cuyo contenido coincide con la ley moral. Sin embargo, Ernesto Garzón sostiene que para poder afirmar que el paternalismo es incompatible con esta versión de la autonomía y no caer en una petición de principio, “lo que habría que demostrar es que el paternalismo es inmoral para poder luego inferir que se ha producido una violación de la autonomía”²⁰.

2.2.3. El argumento de la violación del principio de igualdad

Según este argumento, “toda medida paternalista (...) presupone por definición una relación de supra y subordinación, que viola uno de los principios básicos de una sociedad democrática: el principio de igualdad”²¹.

Como contra-argumento, Ernesto Garzón señala la existencia de casos de paternalismo recíproco, que no suponen relaciones de supra y subordinación, y, en general, de los casos en los que se trata de combatir la *debilidad de la propia voluntad*. Casos estos últimos que “se dan también en el ámbito del paternalismo jurídico cuando el Estado interviene para impedir que con su comportamiento el individuo lesione intereses propios a los que reconoce como más importantes que los deseos que motivan su conducta actual”²². Los contratos Ulises entrarían en este tipo de paternalismo.

Sostiene Ernesto Garzón que es “extraño” afirmar que este tipo de paternalismo viola el principio de igualdad democrática. Más bien se trataría de “políticas de seguro social” (utilizando la expresión de Gerald Dworkin):

¹⁹ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 161.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 162.

“en los regímenes democráticos –dice Ernesto Garzón- los electores suelen dar su consentimiento a la adopción de medidas por parte de sus candidatos cuando asuman el gobierno, por ejemplo, para combatir la inflación o la contaminación ambiental, que, al no ser especificadas de antemano pueden en su caso significar una intervención paternalista estatal. Lo que se otorga en estos casos es una especie de “cheque en blanco”, que puede ser cobrado también en contra de la voluntad actual de quien lo emitió”²³.

A lo anterior, Ernesto Garzón añade que “si el consentimiento anterior de la persona en cuestión justifica la intervención paternalista del Estado, podría avanzarse por esta vía y sostener que en todos los casos en los que existió este consentimiento en realidad no puede hablarse ni siquiera de paternalismo ya que este exige por definición la posibilidad de un daño y nadie puede dañarse voluntariamente”²⁴. Sin embargo, Ernesto Garzón aclara que la idea de que “nadie puede dañarse voluntariamente”, expresada tradicionalmente por medio de la antigua máxima “*volenti non fit injuria*”, puede interpretarse, como ya señaló Aristóteles, de dos maneras diferentes: o bien como que nadie puede agraviarse a sí mismo (violar su propio derecho), o bien como que nadie puede perjudicarse a sí mismo. Solamente este segundo sentido de la máxima, dice nuestro autor, es el relevante para el paternalismo jurídico.

2.3. La justificación del paternalismo jurídico

2.3.1. Crítica a la justificación del paternalismo basada en la noción de consentimiento

En opinión de Ernesto Garzón, el compromiso con la exigencia de respetar la autonomía junto con la constatación de que una persona puede dañarse voluntariamente (negando de esta manera la segunda interpretación mencionada de la máxima “*volenti*”) ha llevado a algunos autores, entre ellos de forma destacada a Gerald Dworkin, a proponer que en la justificación del paternalismo es básica la noción de “consentimiento”.

²³ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 163.

²⁴ *Ibidem.*

El consentimiento justificante de la intervención paternalista no puede ser, por definición, otorgado en el momento mismo de la intervención. Por ello debe tratarse del consentimiento expreso anterior, del consentimiento expreso futuro o de un consentimiento hipotético. En el caso del consentimiento expreso anterior estaríamos ante los “cheques en blanco” o “contratos Ulises” a los que ya se hizo referencia. En el caso del consentimiento futuro, ciertamente, puede decirse que si éste se produce la medida paternalista quedaría justificada. Sin embargo, a la apelación al consentimiento expreso futuro como vía para justificar el paternalismo se le pueden dirigir dos importantes críticas: primera, que el consentimiento puede ser “fabricado” por el propio proceso paternalista y, segunda, que la no aceptación de la medida, aun transcurrido mucho tiempo, no es concluyente: siempre podría argumentarse (circularmente, por lo que a la justificación de la medida se refiere) que “la persona en cuestión debe seguir siendo objeto de atención paternalista porque no comprende la bondad de la medida”²⁵.

Sin embargo, explica Ernesto Garzón, el recurso al consentimiento parece apuntar en otra dirección: no sería el consentimiento *expreso* (pasado o futuro) sino el consentimiento *hipotético* el que tendría fuerza justificante. Este consentimiento hipotético sería una hipótesis de “racionalidad o de normalidad”, de acuerdo con la cual “podría pensarse que la medida paternalista está justificada si toda persona racional podría estar de acuerdo con esta medida”²⁶.

Ahora bien, a juicio de nuestro autor, si de este consentimiento hipotético se trata, lo que en realidad se quiere decir es que quien rechaza la medida “lo hace porque en ese momento no está en condiciones de comprender el alcance de la misma”²⁷. Para aclarar esta idea nuestro autor nos propone acudir al concepto de “competencia”.

2.3.2.- La vía de la incompetencia básica

²⁵ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 164.

²⁶ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 165.

²⁷ *Ibidem*.

De acuerdo con nuestro autor, por “competencia” debemos entender “la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta”²⁸. La competencia sería

- a) relativa a un ámbito de problemas, y
- b) dentro de un mismo ámbito, relativa a distintos individuos.

Ernesto Garzón ilustra su concepción de la competencia con el siguiente caso:

“Pedro puede ser competente para interpretar un contrato de compra-venta (Pedro es abogado) pero incompetente para resolver un problema de astrofísica. Pero la competencia o incompetencia puede ser relativa también dentro de un mismo ámbito con relación a diferentes personas. Juan, quien también es abogado, por ser más inteligente que Pedro, puede estar en condiciones de solucionar más rápidamente un problema de interpretación de un contrato. Sin embargo, la mayor o menor rapidez en encontrar la solución es irrelevante para la corrección de la misma. Pero podríamos decir que a pesar de que Pedro y Juan son igualmente competentes. Juan es más competente que Pedro. La aparente contradicción de esta frase indica que aquí estamos utilizando dos conceptos de competencia. Siguiendo una sugerencia de Daniel Wikler, llamaré a la competencia que es común a Pedro y Juan “competencia básica” o “Cb”, por lo menos para aquellas disposiciones que se refieren a cuestiones de la vida cotidiana (celebración de contratos simples, comprensión de las disposiciones del Código Penal). Y en los casos en los que se requiere una mayor competencia, es decir, una “Cr”, el propio sistema así lo establece (por ejemplo, las disposiciones que exigen la presencia de un abogado para actuar en juicio)”²⁹.

Pues bien, Ernesto Garzón nos propone que la falta de competencia básica sea una condición necesaria aunque no suficiente para la justificación de medidas paternalistas. A su juicio, al menos en los siguientes casos es plausible decir de alguien que carece de competencia básica:

“a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que se tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill);

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*. Véase, igualmente: Wikler, Daniel: “Paternalism and the Mildly Retarded”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit.

b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises, el de los alcohólicos y drogadictos que menciona el parágrafo 14 del Código civil alemán, o el de la flaqueza del que hablaba Hume);

c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales);

d) cuando se actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o amenazas);

e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer X, saber que Y es condición necesaria para lograr X, disponer de Y, no tener nada que objetar contra Y y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad (...) Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas)³⁰.

Todas las personas que se hallan en alguna de estas situaciones serían *incompetentes básicos* y sufrirían por ello una deficiencia con respecto a sus congéneres, que en esta medida conlleva una desigualdad negativa (permanente o temporal, total o parcial).

La atribución de la incompetencia básica, advierte Ernesto Garzón, debe hacerse, si se quiere justificar el paternalismo, sobre un fundamento objetivo, para lo cual parece que lo más apropiado es basarse en relaciones causales seguras.

Al ser la incompetencia básica una condición *necesaria* de la justificación del paternalismo, no cabría justificarlo en relación con incompetentes relativos y se evita así el riesgo de “caer en una sociedad regida sólo por los más talentosos o informados de sus miembros”³¹.

Ahora bien, junto a la constatación de la incompetencia básica es necesario que la intervención tenga un interés benevolente. Estas dos condiciones, constatación de la

³⁰ Garzón Valdés, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *cit.*, p. 166.

³¹ Garzón Valdés, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *cit.*, p. 167.

incompetencia básica y que la medida se oriente a la superación del déficit creado por la incompetencia, son, concluye Ernesto Garzón, necesarias y conjuntamente suficientes para la justificación del paternalismo.

De acuerdo con estas condiciones, aclara nuestro autor, no estaría justificado intervenir en los siguientes supuestos: a) “cuando alguien con competencia quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación”³², b) “cuando alguien que posee competencia básica quiere correr un riesgo seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad”³³, y c) “cuando alguien con competencia básica arriesga su vida en aras de los demás”³⁴. El caso de los fumadores, por ejemplo, caería, a juicio de nuestro autor, dentro del supuesto (b), aunque reconoce que algunos podrían sostener que se trata de un incompetente básico de los descritos en el tipo (e) mencionado más arriba. No obstante, advierte Ernesto Garzón, otra cuestión distinta sería si el Estado puede desalentar esta conducta prohibiendo, por ejemplo, la propaganda del tabaco.

En conclusión, Ernesto Garzón sostiene la validez, junto al principio de daño, de un principio de paternalismo jurídico (no sólo moralmente permisible sino también moralmente ordenado) “como un medio eficaz para la reducción de las desigualdades”³⁵. En contra de la opinión de algunos autores, Ernesto Garzón sostiene, además, que el principio del paternalismo jurídico haría posible prohibir u ordenar *tipos generales de conducta*³⁶.

3. El debate entre Ernesto Garzón y Manuel Atienza

³² Garzón Valdés, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 168.

³³ Garzón Valdés, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 169.

³⁴ Garzón Valdés, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 169. En este tipo caerían algunos supuestos de donación de órganos contra los cuales, al poner en riesgo la vida del donante, se ha tratado de argumentar paternalistamente. Véase: Garzón Valdés, Ernesto: “Algunas consideraciones éticas sobre el transplante de órganos”, en *Isonomía*, 1(1994), pp. 151-189.

³⁵ Garzón Valdés, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 170.

³⁶ *Ibidem.*

Las tesis sostenidas por Ernesto Garzón sobre el concepto y la justificación del paternalismo han suscitado algunas críticas de Manuel Atienza³⁷ y la posterior réplica a las mismas del propio Ernesto Garzón³⁸. Merece la pena dar cuenta de este debate para precisar la posición de nuestro autor.

Por lo que respecta al concepto de paternalismo, Manuel Atienza parte de proponer una definición que, a su juicio, incluiría el concepto de paternalismo manejado por Ernesto Garzón, de acuerdo con la cual

“una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o se establece):

- a) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y
- b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la conducta o de la aplicación de la norma)”³⁹.

En primer lugar, a partir de esta definición, Manuel Atienza critica a Ernesto Garzón su distinción entre el paternalismo y otras figuras afines (cuando se trata de asegurar un beneficio y el perfeccionismo moral), que vimos más arriba. De una parte, por lo que respecta a las medidas que en lugar de *evitar daños* se orientan a *asegurar un beneficio*, Manuel Atienza señala que, aun cuando Ernesto Garzón no es muy claro al respecto, éste parece referirse a medidas tales como las del Derecho laboral, pero advierte que si no se consideran paternalistas es seguramente porque puede entenderse que los destinatarios de la medida la han promovido como colectividad (por ejemplo, una reducción de jornada laboral negociada con los sindicatos que es imperativa para todos los trabajadores del sector), con lo cual se incumpliría (o no se cumpliría claramente) la condición b) de su definición, y no porque en lugar de *evitar daños* se trate de *beneficiar*.

³⁷ Véase: Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, en *Doxa* 5(1988), pp. 203-214.

³⁸ Véase: Garzón Valdés, Ernesto: “Sigamos discutiendo sobre paternalismo”, en *Doxa* 5(1988), pp. 215-219.

³⁹ Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *cit.*, p. 203. En una discusión sobre este trabajo, Liborio Hierro ha criticado, a mi juicio correctamente, la definición de Manuel Atienza por ser demasiado amplia. En opinión de Liborio Hierro, caería en el ámbito de aplicación, por ejemplo, la concesión de una subvención para los cultivadores de maíz, siempre y cuando a estos no se les haya consultado. Teniendo en cuenta, además, que, como veremos, Manuel Atienza propone junto a esta definición amplia unas condiciones de justificación del paternalismo estrictas, el resultado es que la concesión de tal subvención sería paternalista y, además, paternalismo injustificado dado que no es plausible suponer que tales cultivadores son generalmente incompetentes básicos. En el capítulo final trataré de presentar una definición de paternalismo que “resista” la crítica de Hierro.

De otra parte, Manuel Atienza considera injustificada la exclusión del perfeccionismo moral como un tipo de paternalismo, ya que éste cumpliría las dos condiciones de la definición de paternalismo. A su juicio, esta exclusión puede deberse al esfuerzo de Ernesto Garzón por mantener el término “paternalismo” libre de una carga emotiva de signo negativo.

La réplica de Ernesto Garzón a esta crítica de Manuel Atienza consiste en recordar que expresamente había indicado como una condición definitoria de “paternalismo” el que éste se orientara a “evitar daños”. De manera que, a su juicio, la condición a) de la definición propuesta por Manuel Atienza no es aceptable. La razón para limitar los casos de paternalismo a las intervenciones orientadas a evitar daños es, explica Ernesto Garzón, el “deseo de utilizar una definición generalmente aceptada”⁴⁰.

En segundo lugar, Manuel Atienza ha criticado la definición de Ernesto Garzón por ser demasiado estrecha:

“también parece haber –dice Atienza- casos de paternalismo jurídico, al igual que los hay de paternalismo moral, que no implican intervención coactiva. Al fin y al cabo, -continúa Atienza- el Estado y el médico que omiten informar a los ciudadanos o a sus pacientes pueden actuar –suelen actuar- en cumplimiento de una norma jurídica (que, por cierto, pudiera no ser ni una prohibición, ni un mandato, sino una autorización, un permiso)”⁴¹.

Ernesto Garzón acepta esta crítica, lo cual supone una revisión de su definición original: “el hecho de que la norma que incluye una medida paternalista –reconoce Ernesto Garzón- sea una prohibición, un mandato o una permisión creo que es irrelevante, ya que lo que importa es que la medida se imponga en contra de la voluntad del destinatario de la misma”⁴².

En tercer lugar, Manuel Atienza cuestiona la tesis de Ernesto Garzón según la cual el paternalismo supone relaciones de superioridad en muchos casos pero no en todos, tal y como mostraría la existencia de casos de paternalismo recíproco y los denominados

⁴⁰ Garzón Valdés, Ernesto: “Sigamos discutiendo sobre el paternalismo”, *cit.*, p. 215.

⁴¹ Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *cit.*, p. 208.

⁴² Garzón Valdés, Ernesto: “Sigamos discutiendo sobre el paternalismo”, *cit.*, p. 216.

contratos Ulises. A juicio de Manuel Atienza, por un lado, esta tesis es incompatible con la idea de que el paternalismo siempre consiste en intervenciones coactivas, ya que la coacción implica esa relación desigualitaria y, por otro lado, los ejemplos mencionados por Ernesto Garzón o bien no son genuino paternalismo porque existe el consentimiento del afectado, o bien sí lo son pero lo que ocurre es que las posiciones de supra y subordinación serían “alternativas” en el tiempo en los casos de paternalismo recíproco y “transitoria” en los contratos Ulises⁴³.

La réplica de Ernesto Garzón se limita a afirmar que su objetivo era mostrar que el respeto por la igualdad no puede ser un argumento en contra de la existencia de casos de paternalismo justificado y que cree haberlo mostrado al explicar que el paternalismo se orientaría a compensar los déficits originados por la situación de incompetencia básica⁴⁴.

Por lo que respecta a la justificación del paternalismo, Manuel Atienza ha sostenido que el paternalismo éticamente justificado se caracterizaría por las siguientes notas:

“Una conducta o una norma paternalista está justificada éticamente si y sólo si:

- a) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad;
- b) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica –transitoria o no-; y
- c) se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en b) y (por tanto) conocieran cuál es realmente su bien”⁴⁵.

A partir de estas condiciones de justificación del paternalismo, Manuel Atienza señala algunos problemas en la propuesta de Ernesto Garzón.

⁴³ Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *cit.*, p. 208.

⁴⁴ Garzón Valdés, Ernesto: “Sigamos discutiendo sobre el paternalismo”, *cit.*, p. 216. Ernesto Garzón, en un trabajo posterior, parece admitir este argumento de Manuel Atienza sobre la asimetría de las relaciones paternalistas: véase, Garzón Valdés, Ernesto: “No pongas tus sucias manos sobre Mozart”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, *cit.*, p. 404.

⁴⁵ Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *cit.*, p. 209.

En primer lugar, Manuel Atienza sostiene que “el problema de la determinación de los incompetentes básicos no está del todo bien resuelto por Garzón Valdés”⁴⁶. A su juicio, la razón de ello es el haber descuidado la noción de “aceptación o consenso racional”, en particular, el procedimiento por el cual los competentes básicos deben decidir cuáles son los bienes primarios y quiénes son los incompetentes básicos. De ahí que, explica Manuel Atienza, nuestro autor pretenda distinguir entre los fumadores y los que no se ponen el cinturón de seguridad (lo cual supondría no respetar el principio de universalidad o de igualdad de trato) o, igualmente, afirme que la determinación de la incompetencia básica es una cuestión exclusivamente empírica, olvidando con ello que antes de la cuestión empírica de aplicar el concepto de incompetencia básica a casos concretos hay un problema que no es empírico: “el de determinar quiénes deben decidir, y de qué manera, lo que sea una incompetencia básica”⁴⁷.

En segundo lugar, aunque en gran medida se trata de ahondar en la objeción anterior, el “reproche fundamental” que Manuel Atienza le dirige al trabajo de Ernesto Garzón es el no haberle dado la importancia que se merece a la condición c) del paternalismo justificado, es decir, que se pueda presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad básica y conocieran cuál es realmente su bien. La sustitución, llevada a cabo por Ernesto Garzón, de la idea de consentimiento ideal o ficticio por la de competencia, le parece a Manuel Atienza problemática porque el concepto de *consenso racional* es más básico: “se necesita el concepto de consenso racional –o alguna otra idea de racionalidad- para definir lo que sean bienes primarios e incompetencias básicas”⁴⁸. De ahí que Manuel Atienza sostenga que la teoría de la justificación del paternalismo de Ernesto Garzón sea “incompleta”.

A estas críticas Ernesto Garzón ha replicado insistiendo, en primer lugar, en la conveniencia de no introducir la noción de “bien”, que “cuidadosamente” ha querido mantener fuera de la definición de paternalismo. En segundo lugar, afirma nuestro autor

⁴⁶ Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *cit.*, p. 211.

⁴⁷ Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *cit.*, p. 212.

⁴⁸ Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *cit.*, p. 213.

haber señalado con claridad cuáles son las categorías de incompetencia básica y sostiene que para saber si un caso concreto cae dentro de una de ellas “basta con recurrir a los procedimientos empíricos usuales”⁴⁹. En tercer y último lugar, Ernesto Garzón señala que la condición c) de la justificación del paternalismo propuesta por Manuel Atienza está incluida en su frase “quien rechaza la medida paternalista lo hace porque en ese momento no está en condiciones de comprender el alcance de la misma”. Además, las categorías de incompetencia c) y e) se referirían directamente a situaciones “en las que lo que se pone en duda es la racionalidad del agente”, de la misma manera que en los casos del suicida, el amante del riesgo o el héroe no cabría justificarse la intervención paternalista por la presencia de esa racionalidad. En relación con esto último, Ernesto Garzón señala que en el caso de los fumadores no se da una persecución incoherente de sus intereses siempre que el fumador valore menos el dejar de fumar que el displacer que esto le proporcionaría:

“En este sentido –explica Ernesto Garzón– la equiparación sugerida del fumador empedernido con el automovilista incoherente no es correcta y abre la peligrosa vía de aplicar prohibiciones paternalistas a los casos del suicida, del héroe y de quien prefiere asumir ciertos riesgos en aras de lo que él mismo entiende como satisfacción de sus preferencias. En la medida en que no exista conflicto entre preferencias y actitudes, me parece difícil que pueda hablarse de incoherencia. Justamente el rechazo de un perfeccionismo moral, que pretende sustituir las preferencias subjetivas de la gente por las supuestamente objetivas de un dictador moral, exige excluir del paternalismo justificable los casos del fumador, del suicida, del héroe y del amante del riesgo. Su inclusión requeriría un concepto de racionalidad (que creo Atienza no aceptaría) que permitiera calificar de irracionales a las preferencias de la gente, también cuando ellas resultan de una evaluación ponderada de las alternativas disponibles. Quien, como el Fausto, prefiere canjear su posibilidad de felicidad eterna en el más allá por el placer terreno, puede ser calificado, cuando más, de hedonista fugaz, pero no de irracional. El caso del automovilista que no usa cinturón de seguridad y arriesga su vida cuando no es eso lo que prefiere es por ello distinto al automovilista Alain Prost, que prefiere correr el riesgo de la muerte en cada carrera. En el primer caso hay incoherencia entre preferencia y actitud; en el segundo, no”⁵⁰.

4. El paternalismo con los niños

⁴⁹ Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *cit.*, p. 217.

⁵⁰ Garzón Valdés, Ernesto: “Sigamos discutiendo sobre el paternalismo”, *cit.*, pp. 218 y 219.

Ernesto Garzón ha usado igualmente la categoría de paternalismo para intervenir en la discusión sobre los derechos de los niños⁵¹.

Nuestro autor parte de constatar las frecuentes situaciones de explotación a las que se hayan sometidos los niños en todo el mundo y, especialmente, en los países en vías de desarrollo. Una de las manifestaciones más brutales de esta explotación serían las “casas de engorde”: verdaderas granjas de niños que son utilizados para extraerles sus órganos y venderlos a receptores de países ricos.

A partir de los años setenta, recuerda Ernesto Garzón, se publican una serie de escritos que sostienen que, frente a esta explotación, debe promoverse la emancipación de los menores de forma análoga a cómo se ha promovido la emancipación de otros grupos explotados: por ejemplo, de las mujeres⁵². A juicio de nuestro autor, sin embargo, esta tesis liberacionista sobre los derechos de los niños debe ser rechazada puesto que “desconoce u oculta la verdadera condición de la dependencia infantil”⁵³ y al tratar de superar esta condición mediante la igualdad ante la ley “refuerza justamente la vulnerabilidad infantil dada la incapacidad básica de los niños para ejercer por sí mismos sus derechos”⁵⁴.

El rechazo a la tesis liberacionista no significa, explica nuestro autor, abandonar necesariamente el enfoque de los derechos en relación con los niños, sino tan sólo la interpretación voluntarista de los mismos. En el caso de los niños, “lo relevante para el

⁵¹ Véase: Garzón Valdés, Ernesto: “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’ (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)”, en *Doxa*, 15-16 (1994), pp. 731-743.

⁵² Véase: Farson, Daniel: *Birthrights*, 1974; y Holt, John: *Escape from Childhood*, 1974.

⁵³ Garzón Valdés, Ernesto: “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’ (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)”, en *Doxa*, *cit.*, p. 735.

⁵⁴ *Ibidem*. El “grano de verdad” que, a mi juicio, puede haber en la tesis liberacionista es que muchas de las normas, si no la mayoría, que configuran tradicionalmente el estatus jurídico de la minoridad no responden realmente al “superior interés del niño”. Liborio Hierro ha puesto de manifiesto, por ejemplo, que en la regulación de la minoridad en el Derecho privado español (y, en general, en los códigos civiles de inspiración francesa), la finalidad principal es la protección jurídica del patrimonio: se trata de una regulación en cuyo fondo “late claramente la preocupación no de que un niño pueda ser propietario, sino de que los propietarios, al menos durante algún tiempo, tengan que ser niños” (en Hierro, Liborio: “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los derechos del niño”, en *Revista de Educación*, 294 (1991), p. 225).

otorgamiento de derechos no es el aspecto volitivo, sino el de necesidad”⁵⁵. Las necesidades básicas o intereses vitales dependen de cómo es el mundo no de nuestros deseos. Mientras que no es posible equivocarnos sobre nuestros deseos, no cabe duda de que sí lo es en relación con nuestras necesidades. Los niños son particularmente susceptibles de equivocarse sobre cuáles son sus necesidades, de ahí que, afirma nuestro autor, la *tesis voluntarista* debe ser sustituida por la *tesis paternalista* y el reconocimiento de los derechos de los niños debe hacerse “sobre la base de los intereses de las personas en tanto que seres autónomos”⁵⁶.

El paternalismo sobre los niños es un caso claro de paternalismo justificado porque los niños presentan una “vulnerabilidad absoluta” que los convierte en *incapaces básicos* en el sentido estricto de la palabra: “no sólo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas”⁵⁷. La vulnerabilidad, aclara Ernesto Garzón, se da en relación “con respecto a una o más personas que están mejor situadas para dañar y ayudar y con respecto a la adquisición y conservación de ciertos bienes”⁵⁸. Además, existen vulnerabilidades absolutas y relativas:

⁵⁵ Garzón Valdés, Ernesto: “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’ (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)”, en *Doxa, cit.*, p. 736.

⁵⁶ Garzón Valdés, Ernesto: “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’ (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)”, en *Doxa, cit.*, p. 737. Véase, igualmente: MacCormick, Neil: “Children’s rights: a test-case for theories of right”, en MacCormick, Neil: *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 154-166. En línea con Neil MacCormick, Liborio Hierro ha defendido una concepción de los derechos en términos de “necesidad” que, sin “forzar la teoría”, permite afirmar que los niños tienen derechos: “desde este punto de vista –dice Liborio Hierro- no es necesario forzar la teoría para afirmar que los niños tienen derechos, o incluso que sólo paulatinamente ciertos derechos, como la libertad o la participación, se van desarrollando, siendo previos en la primeras fases de la infancia otros derechos como la vida, la salud o la educación. Tampoco hay que forzar la teoría para afirmar que el niño tiene derechos, aunque no pueda hacerlos valer por sí mismo y aunque en su mayor parte sean derechos obligatorios cuyo disfrute no es renunciable por el niño ni por nadie en su nombre. Tampoco esta idea –continúa Liborio Hierro- debe resultar extraña, pues el adulto igualmente tiene derechos obligatorios (es decir, a cuyo ejercicio no puede renunciar), y no sólo en el ámbito económico-social, como suele decirse; por ejemplo, cabe citar la igualdad ante la ley o el derecho de defensa”, en Hierro, Liborio: “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los derechos del niño”, en *Revista de Educación, cit.*, pp. 227 y 228. Véase, igualmente: Hierro, Liborio: “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, en *Sistema*, 46 (1982).

⁵⁷ Garzón Valdés, Ernesto: “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’ (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)”, en *Doxa, cit.*, pp. 737-738.

⁵⁸ Garzón Valdés, Ernesto: “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’ (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)”, en *Doxa, cit.*, p. 737.

“en las relativas quien se encuentra en situación de vulnerabilidad puede, si se eliminan condiciones marco de explotación o discriminación, adquirir y conservar los bienes que le importan. La o las personas vulnerables reclaman en estos casos la eliminación de la opresión. Su incapacidad es relativa. En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda”⁵⁹.

Tenemos, por tanto, que el discurso de los derechos de los niños sería plausible sobre una concepción no voluntarista de los mismos que permitiría un paternalismo claramente justificado a partir de la constatación de la “vulnerabilidad absoluta” de los niños. Sin embargo, Ernesto Garzón, siguiendo en este punto de cerca a Onora O’Neill⁶⁰, sugiere ir más allá y, en realidad, aboga por no poner en el centro de la discusión la cuestión de los *derechos* de los niños y poner en su lugar a los deberes con respecto a los niños. La exigencia de estos deberes, de la responsabilidad moral frente a los niños, señala Ernesto Garzón, es extensible a los gobiernos; de ellos depende que se den las condiciones que hacen posible que los familiares cumplan con sus responsabilidades. La existencia de una sociedad homogénea, que es condición de la legitimidad de un orden político-social, sólo puede asegurarse por medio de superar las desigualdades entre los individuos.

5. El paternalismo en las relaciones entre Estados

En el capítulo primero de esta tesis, vimos que el término paternalismo comenzó a usarse, además de en el ámbito de las relaciones laborales, en el de las relaciones entre las metrópolis y sus colonias. En diversas ocasiones, se ha mencionado que la crítica al colonialismo se ha hecho con frecuencia acudiendo a la noción de paternalismo. Vimos, igualmente, que John S. Mill consideraba que el “despotismo” (benevolente) era una forma de intervención legítima con los pueblos bárbaros, constituyendo una excepción a su anti-paternalismo general. En el capítulo tercero, se explicó la noción de autonomía individual, siguiendo a Joel Feinberg, a partir de la idea de “autonomía política” de la

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ Véase: O’Neil, Onora: “Children’s Rights and Children’s Lives”, en *Ethics*, 98 (1988), pp. 445-463.

polis. Todo ello apunta a que el concepto de paternalismo es una categoría útil para analizar no sólo las relaciones entre individuos o entre los individuos y el Estado, sino también las relaciones de los Estados entre sí. Sin embargo, son pocos los autores que han participado en la discusión contemporánea sobre el paternalismo en el ámbito de la filosofía práctica y que han extendido su estudio al paternalismo en las relaciones entre Estados. Ernesto Garzón ha sido en este punto una excepción.

Nuestro autor se plantea el problema del paternalismo entre Estados en torno a la “cuestión de saber hasta qué punto está permitido éticamente intervenir en los asuntos internos de los países”⁶¹. Como punto de partida se constata que con respecto al principio de no intervención en los asuntos internos de los países se han dado argumentos plausibles tanto a favor como en contra. A las buenas razones esgrimidas por Immanuel Kant, John S. Mill o Christian Wolff, se unen los documentos normativos de los organismos internacionales (ONU, OEA, etc.) y la propia experiencia histórica de las consecuencias negativas del intervencionismo. Sin embargo, Ernesto Garzón sostiene que

“no puede dejar de reconocerse que una vigencia absoluta del principio de no intervención puede significar también la perpetuación de condiciones de vida caracterizadas por una notoria injusticia y miseria. Una simple mirada a la situación interna de un gran número de países arroja serias dudas acerca de la vigencia en ellos del principio de autodeterminación y, por lo tanto, también acerca de la supuesta identidad entre los propósitos perseguidos por los funcionarios del Estado y los deseos de una parte mayoritaria de la población. En estos casos, la invocación del principio de no intervención puede significar en la práctica sólo el intento de impedir el cumplimiento de deberes éticos de asistencia que no pueden detenerse ante los límites nacionales, a menos que se sostenga que la vigencia de las normas éticas coincide con la de las normas jurídicas, es decir, está delimitada por las fronteras de cada Estado”⁶².

De ahí que nuestro autor sostenga que el principio de no intervención en algunos casos no sólo no es un corolario del principio de autodeterminación, sino que la intervención misma puede contribuir a la autodeterminación.

⁶¹ Garzón Valdés, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. CEC, Madrid, 1993, p. 379.

⁶² Garzón Valdés, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, *cit.*, p. 382.

Sobre el concepto de “intervención”, Ernesto Garzón señala que ésta tiene que consistir en algo más restringido que la mera “influencia” de un agente externo en los asuntos internos de un país, puesto que, dada la existencia de un sistema internacional, todos los países influyen y son influidos continuamente. Por ello parece más útil restringir el concepto de intervención a las “injerencias coactivas en los asuntos internos de un país”⁶³. Estas “injerencias coactivas” se ordenarían en una escala desde las más leves (presión diplomática) hasta las más graves (el ataque armado).

De acuerdo con nuestro autor, las tres notas comunes a este tipo de injerencias serían “a) la ruptura manifiesta de las formas convencionales de interacción estatal, b) el propósito de cambiar una determinada estructura política, económica, social o cultural del Estado en el que se interviene y 3) la realización de la acción u omisión que configura la intervención, sin el consentimiento del gobierno y/o del pueblo o país intervenido”⁶⁴.

La mayoría de los argumentos que se han utilizado para rechazar la justificación del intervencionismo, explica Ernesto Garzón, se han basado en una supuesto analogía entre el Estado y la persona. Analogía que, sin embargo, nuestro autor considera inaceptable a estos efectos.

Sobre esta analogía, algunos autores han extendido sus convicciones anti-paternalistas en las relaciones entre individuos a las relaciones entre Estados: por ejemplo, Michael Walzer sostiene que “al igual que con los individuos, también con los Estados soberanos: hay cosas que no podemos hacerles, ni siquiera por su propio bien manifiesto”⁶⁵. De esta manera, la integridad territorial y la soberanía política serían el correlato de los derechos a la autonomía y libertad de los ciudadanos. Sin embargo, a juicio de Ernesto Garzón, a esta analogía se le pueden dirigir algunas objeciones importantes: ¿quién es el sujeto de los derechos: el pueblo, el gobierno, la nación como un todo? Y si el derecho del Estado deriva del derecho de los ciudadanos a través de su consentimiento, ¿acaso hay algún gobierno al que todos los ciudadanos le hayan prestado

⁶³ Garzón Valdés, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, p. 384.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Véase: Walzer, Michael: *Just and Unjust Wars*, Nueva York, 1977, p. 89.

consentimiento? ¿Acaso son los Estados asociaciones libres de ciudadanos de las que se puede entrar y salir como si fuera un club? Y, en todo caso, y esta sería la objeción más importante, la analogía descansaría, en última instancia, en la inaceptable tesis de que el consenso fáctico es condición suficiente de la legitimidad de un Estado.

Por el contrario, Ernesto Garzón propone distinguir entre “soberanía” de un Estado y su “legitimidad”. Por “soberanía” se designaría la “capacidad de un Estado para imponer libremente sus normas jurídicas a una población que habita en un territorio determinado”⁶⁶, mientras que por “legitimidad” se designaría “la conformidad de aquellas normas con principios éticos”⁶⁷. Mientras que la soberanía “no implica necesariamente ningún status moral que, en tanto tal, merezca respeto incondicionado”⁶⁸, la legitimidad “constituye un valor digno de ser alcanzado o mantenido”⁶⁹. Pero todavía habría, explica nuestro autor, otra importante diferencia entre Estado y persona: la legitimidad de un Estado puede ser impuesta de forma heterónoma, no así el comportamiento moral a los individuos que requiere que estos acepten *voluntariamente* las normas morales.

Lo mismo podría decirse con respecto a la autodeterminación, que presentaría “ambigüedades que resultan de la dificultad de determinar quién es el portador de este derecho, si el pueblo en su totalidad o una parte mayoritaria del mismo”⁷⁰ y cuya realización sólo puede significar que la población adopta “un punto de vista interno” (H.L.A. Hart) sobre las reglas del sistema, es decir, que éste tiene, de acuerdo con una distinción propuesta por nuestro autor “legitimación” (valorativamente neutra) pero no “legitimidad”⁷¹.

⁶⁶ Garzón Valdés, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, p. 388.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Garzón Valdés, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, p. 390.

⁷¹ Véase: Garzón Valdés, Ernesto: “El concepto de estabilidad de los sistemas políticos”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, pp. 573-610.

A partir de aquí, para considerar la justificación de las intervenciones, Ernesto Garzón elabora una matriz con las siguientes tres variables: según que el gobierno acepte o no la intervención, según que los gobernados acepten o no la intervención y según que el Estado intervenido tenga o no legitimidad, de acuerdo con la definición dada. Resultan entonces ocho tipos diferentes de intervención tal y como muestra el siguiente cuadro:

	Gobierno	Gobernados	Legitimidad del Estado Intervenido
1	+	+	+
2	+	+	-
3	+	-	+
4	+	-	-
5	-	+	+
6	-	+	-
7	-	-	+
8	-	-	-

De estos tipos, el 1 y el 2 no serían, por definición, verdaderos supuestos de intervención (al contar con la aceptación tanto de gobernantes como de gobernados) y el 4 y 5 no plantean dudas sobre el carácter injustificado de la intervención, de manera que la argumentación de Ernesto Garzón se centra en los casos restantes.

El caso 3 sería aquél en “el que un gobierno de un sistema político que posee legitimidad solicita el auxilio de una potencia extranjera para la imposición de ciertas medidas en contra de la voluntad del o de los destinatarios”⁷². En este caso, señala nuestro autor, los únicos criterios de justificación serían los del paternalismo jurídico justificable ya presentados, es decir, la constatación, sobre un fundamento seguro, de una incompetencia básica en los destinatarios de la medida y que ésta sea benevolente (orientada a remover la desigualdad que supone la incompetencia básica y/ a promover la autonomía). Aunque nuestro autor no lo diga expresamente, cabe inferir que, a su juicio, no es moralmente relevante el que la medida paternalista sea llevada a efecto por una

⁷² Garzón Valdés, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, *cit.*, p. 392.

potencia extranjera. Pero podría decirse, a mi juicio, que en realidad éste no es un supuesto de paternalismo entre Estados, sino de un supuesto tradicional de paternalismo del Estado con respecto a sus ciudadanos aunque con la peculiaridad de que este Estado solicita el auxilio de otro para imponer sus medidas.

El caso 6 es, explica Ernesto Garzón, el del “apoyo a los movimientos de liberación para sacudir el yugo interno o externo”⁷³ y, en general, el de “todas aquellas situaciones en las que se violan los derechos humanos básicos, es decir, aquellos que son un medio necesario para la satisfacción de todos los derechos”⁷⁴, donde entrarían tanto derechos de seguridad (por ejemplo, derecho a no ser muerto) como derechos de subsistencia (manutención, vestido, etc.). La justificación de este tipo de intervención se deriva de la asunción de la universalidad de los derechos humanos junto con el rechazo de la actitud despreocupada y pasiva frente al sufrimiento ajeno, que cree erróneamente, además, que sólo se interviene por acción y no por omisión. Pero aquí, a diferencia del resto de casos, los argumentos justificantes no son de tipo paternalista.

El caso 7 podría justificarse, afirma nuestro autor, recurriendo a argumentos paternalistas. Para Ernesto Garzón sería moralmente plausible una intervención, contra la opinión de gobernante y gobernados, orientada, por ejemplo, a imponer medidas sanitarias tales como una campaña de vacunación contra el cólera. El argumento contra la intervención podría ser que la vacunación viola alguna costumbre arraigada de la población, pero, a juicio de nuestro autor, sólo en el improbable supuesto de que la comunidad “unánimemente” prefiriera un elevado riesgo de muerte a la vacunación podría rechazarse el argumento paternalista. En todo caso, para Ernesto Garzón es inaceptable el rechazo incondicionado al paternalismo basado en la tesis (que él considera, como vimos, falsa) de que cada uno (en este caso, la sociedad) sabe siempre “mejor que nadie qué es lo que necesita para la satisfacción de sus necesidades vitales”⁷⁵.

En el caso 8, de nuevo, el argumento justificante de la intervención es paternalista. Para nuestro autor, sería el caso en el que todo el país cae bajo la categoría de

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Garzón Valdés, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, *cit.*, p. 393.

⁷⁵ Garzón Valdés, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, *cit.*, p. 394.

incompetentes básicos o, utilizando la expresión de John S. Mill, el caso de los “bárbaros”. Para juzgar la aceptabilidad moral de la intervención, se aplicarían, por tanto, las condiciones del paternalismo jurídico justificado.

En conclusión, de acuerdo con Ernesto Garzón

“fuera de los casos de ayuda a movimientos de liberación, cuya justificación está dada por el pedido de quienes luchan para eliminar un gobierno ilegítimo, los demás casos de intervención pueden ser justificados únicamente con argumentos paternalistas éticamente aceptables. En efecto, al igual que lo que sucede con el paternalismo jurídico intraestatal, en los casos de intervención éticamente justificados se trata de la imposición de medidas que, aunque no cuentan con la aprobación de sus destinatarios, satisfacen estas dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes: 1) el país en el que se interviene no está en condiciones de superar por sí mismo un mal real por encontrarse en una situación de incompetencia básica en el ámbito en el que se realiza la intervención (lo que puede explicar su rechazo) y 2) la medida de intervención no tiene por objeto manipular al país intervenido, en beneficio de la potencia interventora”⁷⁶.

6. Paternalismo y democracia

El lector habrá advertido que Ernesto Garzón construye su filosofía política y moral en torno a una serie de conceptos básicos como son los de legitimidad y legitimación, necesidades básicas, sociedad homogénea, incompetencia básica, vulnerabilidad y coto vedado fundamentalmente. Además de, por supuesto, los conceptos centrales de la filosofía práctica: racionalidad, igualdad, libertad, imparcialidad, universalización, etc. En lo que es más específico de la obra de Ernesto Garzón, la urdimbre de conceptos mencionada en primer lugar, la categoría del paternalismo reaparece una y otra vez como una pieza de gran importancia. Este apartado se dedica a aclarar el alcance que la idea de paternalismo tiene en el pensamiento de Ernesto Garzón⁷⁷.

⁷⁶ Garzón Valdés, Ernesto: “Intervencionismo y paternalismo”, *cit.*, pp. 398 y 399.

⁷⁷ Manuel Atienza ha hecho una propuesta de sistematización de la filosofía moral de Ernesto Garzón. Este autor ha destacado que la obra moral de Ernesto Garzón es susceptible de ser presentada como un sistema de 10 principios, 26 reglas y 28 tesis, que tratan de ofrecer una “justificación racional a 10 preguntas fundamentales de la ética”. Véase: Atienza, Manuel: “La filosofía moral de Ernesto Garzón”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, *cit.*, pp. 21-32.

A mi juicio, es plausible tomar como punto de partida de la filosofía moral de Ernesto Garzón la idea de las necesidades básicas o los bienes primarios⁷⁸. Las necesidades básicas serían “tan sólo aquellas cosas o estados de cosas que son buenas por ser condición necesaria de la existencia humana o de su bienestar”⁷⁹. Dentro del conjunto de las necesidades básicas, siguiendo a Mario Bunge⁸⁰, nuestro autor distingue entre necesidades básicas primarias y secundarias. “Las necesidades básicas primarias –nos dice Ernesto Garzón- son aquellas cuya satisfacción es indispensable para asegurar la vida en cualquier sociedad”⁸¹. Por su parte, las necesidades básicas secundarias “son aquellas cuya satisfacción es indispensable para vivir con dignidad en una sociedad determinada”⁸². Los estados de cosas que satisfacen necesidades básicas serían buenos con independencia de lo que piensa la gente. Junto a las necesidades básicas como fuente de valor de estados de cosas, aparecen los deseos de los individuos. Sin embargo, a diferencia de las necesidades básicas, los deseos son fuente de valores subjetivos. A partir de la idea de necesidades básicas se pueden fundar generalizaciones sobre qué acciones o estados de cosas son un daño para las personas y cuáles son los límites de lo que un individuo puede hacer a otro y de lo que un individuo puede racionalmente hacerse a sí

⁷⁸ Una inestimable ayuda para comprender este concepto de “necesidades básicas” y sus implicaciones prácticas puede encontrarse en la siguiente obra: Añon Roig, M^a José: *Necesidades y derechos (Un ensayo de fundamentación)*, ed. CEC, Madrid, 1994.

⁷⁹ Garzón Valdés, Ernesto: “Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, cit., p. 425.

⁸⁰ Véase: Bunge, Mario: *Treatise on Basic Philosophy*, vol. 8, ed. D. Reidel Publishing Company, 1989. No obstante, Ernesto Garzón amplía la noción de “necesidad secundaria” de Mario Bunge (que éste define estrictamente como “necesaria para conservar o recuperar la salud”), para que pueda incluir cosas tales como el “derecho a la educación”. Mario Bunge sostiene que “necesidades” y “deseos” son la fuente de toda valoración. Con respecto a los “deseos”, es interesante destacar que si bien este autor admite que algo es valioso cuando satisface el deseo de una persona en cuestión, nos advierte de que no todo deseo es psicológicamente legítimo, sino sólo lo será aquél que apunte a la conservación de la vida a largo plazo. A juicio de Ernesto Garzón, de esta manera Mario Bunge reduce “el ámbito de los deseos valiosos y permite la aplicación de medidas paternalistas con miras a asegurar la salud de quienes no están en condiciones de efectuar la correspondiente evaluación pero, al mismo tiempo, puede resultar demasiado exigente y conducir también a formas de paternalismo que me cuesta justificar éticamente” (Garzón Valdés, Ernesto: “Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge”, cit., p. 426). De nuevo, Ernesto Garzón acude al ejemplo del deseo de fumar (que, a su juicio, si que daría lugar a un derecho moral a ser dejado en paz mientras no se perjudique a terceros) o al del suicida. Finalmente, nuestro autor propone vincular la idea de “legitimidad psicológica” únicamente “con la satisfacción de las necesidades básicas de los demás y con la puesta en peligro de los subsistemas valiosos de la respectiva sociedad” (*op. cit.*, p. 427).

⁸¹ Garzón Valdés, Ernesto: “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’ (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)”, en *Doxa*, cit., p. 740.

⁸² *Ibidem*.

mismo. La idea de deseos introduciría excepciones a estas generalizaciones. Sobre el posible conflicto entre necesidades básicas y deseos, nuestro autor sostiene lo siguiente:

“Sin embargo, podría insistirse en que, si bien es cierto que todas las personas tienen que desear la satisfacción de x (x = necesidad básica), de hecho no todos la desean. Esto es verdad y sugiere la conveniencia de distinguir dos casos esencialmente diferentes: a) Podría suceder que alguien no desea la satisfacción de x porque no sabe que x es una necesidad básica (primaria o secundaria, de acuerdo con la terminología de Bunge). En este caso, la persona en cuestión podría ser calificada de incompetente básico y estaría moralmente justificada la aplicación de medidas paternalistas; y b) Es también concebible que la persona en cuestión, no obstante saber que x es una necesidad básica, no desee la satisfacción de x . Si el agente no es un incompetente básico, habrá que respetar su deseo y no estaría moralmente justificado intervenir en su decisión”⁸³.

Estas tesis conceptuales acerca de las necesidades básicas o bienes básicos o primarios constituyen por tanto el fundamento de la respuesta de Ernesto Garzón a la pregunta sobre la posibilidad de justificar racionalmente la moral⁸⁴: la constatación de la existencia de las necesidades básicas de los seres humanos es la base más firme que nuestro autor encuentra para fundamentar juicios morales de validez universal. El mal universal o el daño objetivo sería el estado de privación, o de insatisfacción, de las necesidades básicas (por ejemplo, la desnutrición, la enfermedad o la miseria)⁸⁵. Esta

⁸³ Garzón Valdés, Ernesto: “Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, Ed. CEC., Madrid, 1993, p. 425.

⁸⁴ Atienza, Manuel: Atienza, Manuel: “La filosofía moral de Ernesto Garzón”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, cit., p. 27.

⁸⁵ Al considerar estos estados de cosas (desnutrición, enfermedad, miseria, etc.) se entrevé la manera en que la noción de necesidades básicas trata de conseguir la objetivación de los juicios éticos. Pensemos, por ejemplo, en el estado de “desnutrición”. José María Bengoa, un conocido médico implicado en la lucha contra el hambre, dice al respecto de la desnutrición de los niños: “el problema es mucho más grave que un simple subdesarrollo. La talla baja por razones nutricionales o socioeconómicas esconde una patología total de subdesarrollo físico y funcional, con repercusiones en el desarrollo social. Un niño que ha padecido en los primeros años una desnutrición grave, puede presentar al cumplir cuatro años la talla de un niño de tres años, el perímetro torácico de un niño de dos, un perímetro cefálico de uno de año y medio, una capacidad de lenguaje de un niño de 14 meses, y un peso y una conducta motora de un niño de un año. Un niño de seis años que a primera vista aparenta tener tres a causa de su retraso físico, no es evidentemente comparable en su conducta, en su psicología y en su capacidad de aprendizaje, a un niño normal de seis años, pero tampoco a un niño de tres. Es un ser distinto, con sus propias características biológicas y de conducta, con una organización intersensorial difícil de encuadrar estrictamente en una edad cronológica” (véase el discurso pronunciado por José María Bengoa al ser investido doctor *honoris causa* por la Universidad de Alicante). Si ésta es una descripción correcta del estado de desnutrición, resulta profundamente irrazonable la pregunta de por qué la desnutrición es mala. En torno a estas necesidades básicas se produce lo que Ernesto Garzón ha llamado “un solapamiento parcial de los juicios morales y los juicios empíricos”. Véase: Garzón, Ernesto: “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral”, en *Doxa*, 21-II (1998), p. 150. Véase, igualmente: Dasgupta, Partha: *An Inquire into WellBeing and*

tesis, fundamentalmente normativa, puede interpretarse incluso como un tesis descriptiva acerca de las diferentes morales sociales: por debajo de la aparente diversidad cultural habría una gran uniformidad por lo que respecta a la idea del mal⁸⁶. De ahí que nuestro autor haya propuesto una vía negativa para tratar de fundamentar la moral crítica⁸⁷. La “vía negativa –dice nuestro autor- podría consistir en buscar, por lo pronto, alguna concepción de lo malo cuya aceptación fuera irrazonable”⁸⁸. Se trataría de partir de lo “absolutamente irrazonable”, de la “perversión racional”, del “mal radical” y, a partir de ahí, construir un criterio de corrección. A juicio de Ernesto Garzón, la aceptación de John S. Mill de la prohibición paternalista de la esclavitud parte de la consideración de este estado de cosas como una de las versiones del “mal radical”⁸⁹.

El estado de privación de una necesidad básica es tal que todos los intereses del individuo declinan irremediablemente, por lo que la renuncia a remediar este estado no puede ser vista como la renuncia a conferir un beneficio, sino que se trata en realidad de la inflicción de un daño. “No evitar daños”, cuando los daños en cuestión consisten en la afectación negativa del interés de los individuos en la satisfacción de sus necesidades básicas, equivale, en la concepción de nuestro autor, a “dañar” y no a “no beneficiar”. Por ello, para Ernesto Garzón, los deberes negativos generales (que prohíben dañar por acción) tienen que ser complementados con los deberes positivos generales (que prohíben dañar por omisión) a fin de que un sistema de ética normativa pueda cumplir con las

Destitution, ed. Oxford University Press, Oxford, 1993. Sobre la plausibilidad de esta fusión de hecho y valor en torno a la noción de necesidades básicas, véase: Añón Roig, M^a José: *Necesidades y derechos (Un ensayo de fundamentación)*, cit., pp. 202 y ss. A juicio de esta autora, todos los intentos en este sentido tienen algunos rasgos en común: en primer lugar, la admisión de conceptos o categorías que aúnan componentes descriptivos y normativos; en segundo lugar, la asunción de una tesis cognoscitivista respecto a los valores; y, en tercer lugar, parten de una paradigma previo antropológico de tipo aristotélico o de una concepción ontológica de las propias necesidades básicas.

⁸⁶ Siguiendo a Günther Patzig, Ernesto Garzón ha destacado “cuan falso es inferir de comportamientos que nos resultan extraños en otras sociedades, la vigencia de principios morales diferentes a los nuestros, es decir, admitir el relativismo ético normativo como consecuencia de nuestra ignorancia acerca del sentido cabal de los comportamientos *extraños*”, en Garzón, Ernesto: “El problema ético de las minorías étnicas”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, cit., p. 526.

⁸⁷ Véase: Garzón, Ernesto: “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral”, cit., pp. 145-166.

⁸⁸ Garzón, Ernesto: “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral”, cit., p. 160.

⁸⁹ *Ibidem*.

funciones pragmáticas que de él se esperan⁹⁰. A juicio de nuestro autor, las mismas razones morales que apoyan la imposición social de deberes negativos generales apoyan la imposición de un deber de asistencia. Esta es una tesis importante para el paternalismo porque (1) niega las tesis de fondo de la oposición de parte del pensamiento liberal al paternalismo y (2) convierte al paternalismo estatal en una interferencia no sólo justificada sino, incluso, obligatoria. Efectivamente, la razón que parece estar detrás del rechazo frontal al paternalismo como objetivo de las políticas públicas, en el ámbito de la filosofía moral, es la creencia en que, cuando se trata de proteger el bienestar individual, sólo las omisiones pueden ser el contenido de deberes generales⁹¹. En opinión de Ernesto Garzón, hay tres puntos coincidentes en las diversas justificaciones de los deberes negativos generales:

- a) La imposición de estos deberes es necesaria para posibilitar la vida en sociedad.

⁹⁰ Garzón, Ernesto: “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa*, 3(1986), pp. 17-33. Este principio de los deberes positivos generales tendría, de acuerdo con el análisis de Manuel Atienza, la siguiente formulación: “Todo individuo está moralmente obligado a realizar un sacrificio trivial para evitar un daño o contribuir a superarlo, sin que para ello sea relevante la existencia de una relación contractual previa o la identidad de los destinatarios de la obligación” (Atienza, Manuel: “La filosofía moral de Ernesto Garzón”, *cit.*, p. 23).

⁹¹ La vinculación entre deberes positivos generales (como, por ejemplo, las denominadas en el ámbito anglosajón “leyes del buen samaritano”) y el paternalismo ha sido explicada por H. M. Malm, que ha detallado los pasos del razonamiento: “1. El liberalismo asegura un fuerte y amplio rechazo del paternalismo jurídico, en su versión fuerte, mediante la adopción de una concepción de la autonomía como un derecho de soberanía (*sovereign-right*) y la afirmación de que el reino protegido del autogobierno es el reino de la conducta primariamente auto-referente; 2. Dada la anterior concepción y afirmación, las omisiones del mal samaritano pueden ser criminalizadas sólo si esas omisiones caen fuera del reino protegido del autogobierno soberano, esto es, sólo si caen en la categoría de conductas que afectan a terceros; 3. Supongamos que entendemos la noción de “conductas que afectan a terceros” de tal manera que incluyan las omisiones del mal samaritano; 4. Dado 3, la categoría de “conductas que afectan a otros” incluye también las omisiones de evitar daños a terceros, menores a moderados, con riesgos a uno mismo, moderados a grandes, o no; 5. Si la categoría de “actos que afectan a terceros” no incluye estas otras omisiones también, entonces no las incluye porque o bien a) ellas han sido excluidas como estipulación presupuesta, o bien b) hay una diferencia relevante entre las omisiones del mal samaritano y las otras omisiones de evitar daños que explican por qué las primeras son adecuadamente consideradas con efectos en los otros, mientras que las últimas son consideradas como primariamente auto-referentes; 6. Alcanzar un fin deseado por una estipulación presupuesta es inaceptable; 7. No hay una diferencia relevante entre las omisiones del mal samaritano y las otras omisiones que explique por qué las primeras son adecuadamente consideradas con efectos a terceros mientras las últimas no...; 8. Así, si 3 es aceptado, entonces la categoría de “conductas con efecto en los otros” también incluye esas otras omisiones para evitar daños a otros, menores a moderados, con moderado a grande riesgo para uno mismo. 9. Si la categoría de “conducta con efecto en otros” también incluye esas otras omisiones, entonces el reino del auto-gobierno soberano es insosteniblemente pequeño y excede en poco de lo que protegeríamos de interferencias paternalistas; 10. Así, aceptando 3 el liberal pierde sus medios para conseguir un (significativo) profundo rechazo del paternalismo jurídico; 11. Así, un liberal debe escoger entre leyes del mal samaritano y conseguir un (significativo) y profundo rechazo del paternalismo jurídico”. En Malm H.M.: “Liberalism, Bad Samaritan Law, and Legal Paternalism”, en *Ethics* 106 (October 1995), pp. 27-28.

- b) Todos ellos procuran reducir la interferencia en la esfera individual creando una especie de cerco protector que asegure el mayor desarrollo posible de la autonomía individual.
- c) Estos deberes rigen igualmente para todos y son, por consiguiente, una auténtica expresión del principio básico de universalización.

Sobre estas tesis, Ernesto Garzón señala que si se niega la posibilidad de interferencia en el comportamiento humano en aras de un máximo de tolerancia, no se vé por qué deban aceptarse ni siquiera los deberes negativos. Si la no interferencia es valiosa de por sí, entonces debería valer también para los deberes negativos. Los deberes positivos tenderían a producir el mismo resultado que los deberes negativos, esto es, igualar al débil con el fuerte. El rechazo a aceptar estas limitaciones en la esfera de libertad negativa es tan irracional cuando se trata del deber de asistencia que cuando se trata de los tradicionales deberes negativos. Por ello, Ernesto Garzón sugiere una reacción paternalista ante este rechazo: “el problema del ‘tonto’ del que hablaba Hobbes –nos dice-, que no comprende las ventajas de las limitaciones del uso de la violencia, o del ‘outsider’ de Nozick, es insoluble si la decisión última depende de la libre voluntad del obligado y no del reconocimiento de un bien digno de ser protegido”⁹². A juicio de nuestro autor, no se puede sostener sinceramente la obligación de no dañar y al mismo tiempo rechazar el deber de asistencia; no se puede querer que valga siempre una ley que deja a los que están en la penuria librados a su propia suerte, porque los giros de la fortuna pueden hacer que el que ahora es rico mañana sea pobre. Si hay tontos, *outsiders* o fanáticos que estén dispuestos a asumir ese riesgo, lo mismo ocurre con los deberes negativos generales. Por otro lado, no hay que confundir la “universalización” con la “incondicionalidad”: los deberes positivos pueden seguir siendo universales aun cuando, por la peculiaridad de la prestación que se exige, estén condicionados de diferentes maneras (particularmente, haciendo distinciones entre diferentes clases de obligados y de derecho habientes).

La conclusión de Ernesto Garzón es que tanto los deberes negativos como los positivos son indispensables para proteger los bienes que “son necesarios para la

⁹² Garzón, Ernesto: “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *cit.*, p. 29. Véase, igualmente: Garzón Valdés, Ernesto: “La democracia y el mercado: dos instituciones suicidas”, en *Instituciones suicidas (Estudios de ética y política)*, Ed. Paidós, México, 2000, pp. 17-110.

realización de cualquier plan de vida”⁹³. De manera que, más allá de la cuestión de la justificación de los deberes positivos *generales*, el tránsito del Estado liberal, en su versión restringida, al Estado social de derecho es, por tanto, un progreso moral.

La persona cuyas necesidades básicas no están cubiertas está en una situación de desigualdad con respecto a los otros miembros del grupo que sí las tienen cubiertas. Se trata de una situación de *vulnerabilidad*, situación que si en el caso de los niños tiene un componente natural inevitable, en el caso de los adultos se debe con frecuencia fundamentalmente a un orden jurídico-político injusto. La homogeneidad social es, por ello, una condición de la legitimidad de los sistemas políticos, incluidos los sistemas democráticos. Una sociedad es homogénea, nos dice Ernesto Garzón, “si y sólo si todos sus miembros tienen normalmente la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas, sean estas primarias o secundarias, y gozan del respeto de sus deseos legítimos”⁹⁴. Si la homogeneidad social es condición de la legitimidad del sistema político, incluida la democracia, ésta debe estar garantizada y su garantía debe, por tanto, en las democracias, sustraerse al eventual juego de las mayorías⁹⁵. Aquí es donde, de nuevo, reaparece la categoría del paternalismo. Veamos esto con algo más de detalle.

Ernesto Garzón denomina “coto vedado” al conjunto de “todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida”⁹⁶. En una

⁹³ Garzón, Ernesto: “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *cit.*, p. 32.

⁹⁴ Garzón, Ernesto: “Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge”, *cit.*, p. 431.

⁹⁶ Garzón, Ernesto: “Democracia y representación”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, *cit.*, p. 644. Véase: Garzón Valdés, Ernesto: “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa* 6 (1989), pp. 209-213. En síntesis, siguiendo el análisis de Manuel Atienza, a la pregunta sobre la posibilidad de una justificación racional de los juicios morales, Ernesto Garzón responde con la afirmación de la validez del *principio del coto vedado*, de acuerdo con el cual “las cuestiones concernientes a la vigencia plena de los bienes primarios o básicos no pueden dejarse libradas a procedimientos de discusión en los que jueguen algún papel la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad”. Las reglas de aplicación de este principio sería, continuando con el análisis de Manuel Atienza, las siguientes: 1) ninguna cuestión concerniente a bienes primario o básicos puede decidirse de acuerdo con la regla de la mayoría”; 2) La regla de la mayoría debe aplicarse para resolver problemas prácticos relativos a los deseos secundarios de los miembros de la comunidad”; 3) “Cuando la división del trabajo y la complejidad social hace necesaria la existencia de representantes –como ocurre con la institución parlamentaria-, el representante deberá satisfacer los deseos secundarios de los representados siempre que, sobre la base de la información de que dispone el representante, su satisfacción no implique el sacrificio de algún bien básico o la frustración de deseos secundarios que los propios representados valoran más que el deseo secundario de cuya satisfacción se trata”; 4) “La estrategia de la negociación y del compromiso en la persecución de los intereses secundarios –propios o ajenos- sólo es éticamente aceptable en el contexto de una sociedad homogénea que asegure una verdadera igualdad de oportunidades”; y 5) “Quien pretende sostener la existencia de un

democracia, este conjunto está excluido de la negociación y el compromiso parlamentario. La determinación del campo de exclusión, explica Ernesto Garzón, “no puede quedar librada al consenso fáctico ni de los representados ni de los representantes”⁹⁷. En cuanto a la vigencia efectiva de los derechos en el “coto vedado” de los bienes básicos, “es indiferente la voluntad o deseos de los integrantes de la comunidad”⁹⁸. Por lo que

“Aquí –afirma Ernesto Garzón- está plenamente justificada una actitud paternalista en el caso de que los miembros de la comunidad no comprendan la importancia de estos bienes básicos. Y ello es así porque la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de relaciones causales elementales como son las que existen entre la disponibilidad de estos bienes y la realización de cualquier plan de vida. En ambos casos, quien no comprende la relevancia de los bienes básicos puede ser incluido en la categoría de incompetente básico”⁹⁹.

La oposición paternalismo-democracia se explica, por tanto, en el carácter vedado a la decisión de la mayoría de los bienes que nuestro autor incluye en el “coto”. El caso de las minorías étnicas “que se encuentran en una situación de inferioridad, por lo que respecta a su desarrollo técnico-económico, en comparación con el resto del entorno nacional” y que reclaman un tratamiento jurídico-político diferente a la mayoría ilustra perfectamente este punto: para Ernesto Garzón, estaría justificada la imposición paternalista de la garantía de los bienes incluidos en el “coto vedado”¹⁰⁰.

Más allá del “coto vedado” también hay un límite paternalista a las decisiones de la mayoría. En este ámbito de deseos secundarios (es decir, aquellos que no están

conflicto basándose en que no es posible la satisfacción simultánea de dos o más bienes básicos o en que se carece de recursos para satisfacer uno de esos bienes, asume la carga de la prueba”. Finalmente, estas reglas y principio se apoyarían en las tesis conceptuales ya explicadas sobre los bienes primarios y secundarios, la sociedad homogénea y, añade Manuel Atienza, la tesis de que “el principio del coto vedado no exige ni siquiera sustentar una posición objetivista en la ética”. Véase, Atienza, Manuel: “La filosofía moral de Ernesto Garzón”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, moral y política, cit.*, pp. 26 y 27.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Garzón, Ernesto: “Democracia y representación”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, p. 645.

⁹⁹ *Ibidem*. Véase, igualmente: Garzón Valdés, Ernesto: *Instituciones suicidas, cit.*, p. 101.

¹⁰⁰ Véase: Garzón, Ernesto: “El problema ético de las minorías étnicas”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, pp. 519-540.

relacionados con bienes primarios) rige, efectivamente, el principio de respetar los deseos de los representados pero, y aquí vendría el paternalismo, con la siguiente cláusula cautelar:

“deberán satisfacerse los deseos secundarios de los representados siempre que, sobre la base de la información de que dispone el representante, su satisfacción no implique el sacrificio de algún bien básico o la frustración de deseos secundarios que los propios representados valoran más que el deseo secundario de cuya satisfacción se trata”¹⁰¹.

Lo mismo ocurriría, en el ámbito de la economía, con respecto a la pretendida relevancia ética del mercado, que descansaría en definitiva en el carácter consensual de los intercambios. A este respecto, Ernesto Garzón afirma:

“La idea de consenso no es tan simple como podrían sugerir algunos análisis de los economistas. Ella presupone que cada cual es el mejor juez de sus propios intereses, que cada cual actúa con un conocimiento completo de la respectiva situación y con un grado de racionalidad que le permite distinguir claramente entre sus intereses a corto y a largo plazo. En sociedades complejas como las de las democracias liberales actuales, estas presuposiciones, lejos de ser evidentes, son más bien utópicas (...) Lo más realista es suponer que, en general, existe no poca desarmonía entre lo que la gente cree que son sus intereses y sus intereses reales desde el punto de vista de los valores que ella misma proclama. Ello es justamente lo que vuelve justificables ciertos casos de paternalismo jurídico”¹⁰².

El corolario de las anteriores consideraciones es que la filosofía moral y política de Ernesto Garzón pone en cuestión la tesis de que el sistema político deba, para alcanzar la legitimidad, limitarse a ser un mecanismo para agregar preferencias individuales. Junto a esto, nuestro autor también rechaza un concepto puramente procedimental de la legitimidad¹⁰³ e, igualmente, rechaza la idea de que el consenso pueda ser criterio de

¹⁰¹ Garzón Valdés, Ernesto: “Democracia y representación”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, p 646. Véase, igualmente: Grunebaum, James O.: “What Ought the Representative Represent?”, en Norman E., Bowie (ed.): *Ethical Issues in Government*, Filadelfia. Javier de Lucas ha mostrado reticencias a la admisión de esta cláusula cautelar por desembocar en un excesivo paternalismo en De Lucas, Javier: “Sobre la justificación de la democracia representativa”, en *Doxa* 6 (1989), pp. 194 y 195.

¹⁰² Garzón Valdés, Ernesto: “Ética, economía y criterios de legitimidad”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, p. 506.

¹⁰³ Véase: Garzón Valdés, Ernesto: “El concepto de legitimidad de Niklas Luhman”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política, cit.*, pp. 509-517.

legitimidad (puesto que el consenso o bien es fáctico y no tiene alcance justificativo, o bien es hipotético y se trata, a su juicio, de una dramatización inútil del razonamiento que llevaría a cabo un agente moral). A partir de estas premisas, su compromiso con la idea de que la democracia es el único sistema político justificable, le lleva a recurrir a la categoría de “paternalismo justificado” como una pieza fundamental para explicar tanto la aceptabilidad de ciertas políticas públicas concretas como de un esquema general de gobierno¹⁰⁴.

7. Consideraciones críticas

Ernesto Garzón sigue con respecto al paternalismo la estrategia de justificación que, de acuerdo con Joel Feinberg, puede denominarse “del paternalismo débil”. De acuerdo con ésta nunca estarían justificadas las interferencias paternalistas con las decisiones voluntarias de sujetos competentes, con independencia de la gravedad de los daños implicados (ya sea, incluso, la muerte, en el caso del suicida o del héroe). A diferencia de Joel Feinberg, sin embargo, nuestro autor no cuestiona, en primer lugar, que este tipo de paternalismo sea genuino paternalismo (en realidad, Ernesto Garzón no pone en juego la distinción de paternalismo fuerte y débil, que quedaría sustituida por la de paternalismo justificado e injustificado); en segundo lugar, engloba todos los elementos que reducen la voluntariedad en las decisiones y acciones bajo la categoría única de

¹⁰⁴ Merece la pena destacar que el recurso al paternalismo se ha producido también en el ámbito de teorías que recurren al consenso como vía para legitimar el sistema político. En particular, me parece importante la postura adoptada por Carlos S. Nino. Este autor confía en “la capacidad de la democracia para transformar los intereses de las personas y sus preferencias”, a través del mecanismo del diálogo pero, a la vez, defiende el “voto obligatorio” como una medida de paternalismo justificado. Carlos S. Nino trata de aclarar el concepto de paternalismo por contraposición al de perfeccionismo. A su juicio, “un paternalismo no perfeccionista estaría dirigido a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afectan a sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los hacen posibles” (Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, ed. Paidós, Buenos Aires, 1984). “El perfeccionismo –dice Carlos S. Nino- debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente” (Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989). Ejemplos de medidas e instituciones paternalistas que se presentan, además, como ampliamente justificadas serían, a juicio de Carlos S. Nino, las siguientes: la obligatoriedad y contenido de la educación primaria, las leyes laborales, la vacunación obligatoria, la prohibición del duelo, la obligatoriedad del cinturón de seguridad en los automóviles, etc. Para este autor, la categoría de paternalismo es importante, hasta el punto de afirmar que “si el paternalismo fuera inseparable del perfeccionismo, la aceptabilidad de muchas de esas medidas socavaría la plausibilidad de una concepción de filosofía política libre de presupuestos perfeccionistas” (*Ética y derechos humanos*, 1984, p. 142). Sobre la posición de Carlos S. Nino en torno al paternalismo, véase igualmente: Nino, Carlos S.: *Los límites de la responsabilidad penal (Una teoría liberal del delito)*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, (trad. Guillermo Rafael Navarro), pp. 282 y ss.

incompetencia; y, en tercer lugar, no atribuye una particular relevancia a la distinción entre paternalismo directo e indirecto, a la vez que, en total oposición a lo sostenido por Joel Feinberg, afirma que sí cabría prohibir u ordenar tipos generales de conducta sobre la base del principio de paternalismo jurídico.

Ernesto Garzón es, quizás, el autor que ha mostrado una actitud más neutral con respecto al término paternalismo y, seguramente, algún crítico diría que la anterior exposición refleja más bien una actitud (inaceptablemente) favorable. Sin embargo, a mi juicio, quienes realmente tienden al paternalismo suelen desterrar el uso del término como primera medida, puesto que en caso contrario están expuestos a una demanda continua de justificación. En el caso de nuestro autor, el recurso frecuente a la categoría de paternalismo responde a un fuerte compromiso con categorías y postulados normativos básicos de una “filosofía liberal” (por ejemplo, el individualismo metodológico o el rechazo frontal al Estado totalitario) aunado con la persecución de un objetivo claro: la fundamentación del Estado social y, en general, la creencia en que la homogeneidad social es una condición de legitimidad del orden jurídico-político. Más profundamente, la creencia firmemente mantenida por Ernesto Garzón a lo largo del tiempo en que el consenso, ya sea fáctico o hipotético, no es una vía válida de justificación moral y que la única vía es “una perspectiva que parta de la versión kantiana del agente moral, es decir, que exija una actitud de imparcialidad y formule normas que satisfagan el requisito de universalidad”¹⁰⁵, ha favorecido su admisión del paternalismo estatal (es posible imponer la legitimidad, nos dirá).

A continuación, presentaré las críticas que me parece pertinente dirigir a las propuestas de Ernesto Garzón.

7.1. Sobre el concepto de paternalismo

Como hemos visto, la definición de paternalismo jurídico de Ernesto Garzón se caracteriza por dos notas principales: primera, el paternalismo jurídico consistiría básicamente en *coaccionar* y, segundo, la finalidad de la intervención paternalista consistiría específicamente en *evitar daños* y no en *beneficiar*. Sobre ambos aspectos haré, a continuación, algunas consideraciones críticas.

Sobre la indebida restricción que supone limitar los casos de paternalismo a la coacción, incluso cuando se trata de paternalismo jurídico, ya me he referido en diversas ocasiones. El propio Ernesto Garzón lo admite, a partir de las críticas de Manuel Atienza, y señala –recordemos- que “lo que importa es que la medida se imponga en contra de la voluntad del destinatario de la misma”. A mi juicio, ni el paternalismo ejercido por el Estado con sus ciudadanos, ni el ejercido entre Estados (que Ernesto Garzón caracteriza como de “injerencias coactivas”), ni el ejercido por los padres (o tutores, defensores, etc.) sobre los hijos (pupilos, defendidos, etc.) se vale únicamente de la coacción. Quizás en este último caso, el paternalismo con los niños, es donde se pone de manifiesto con más claridad la insuficiencia de la caracterización del paternalismo en términos de coacción. Aunque ello no debe conducirnos a convertir todas las manifestaciones del cuidado y la benevolencia con los niños en manifestaciones de paternalismo, sino más específicamente aquellos comportamientos que siendo benevolentes se oponen a las preferencias del menor (no es, en mi opinión, paternalista llevar a los niños a la feria de Navidad –si ellos así lo piden-, aunque pueda formar parte del conjunto de obligaciones del cuidado paternal; pero sí que es paternalista no dejarles subir a atracciones peligrosas –cuando ellos así lo piden- para evitarles daños o riesgos de daños). Por ello, hubiera sido deseable una mayor precisión por parte de Ernesto Garzón sobre qué aspectos del cuidado y protección de los menores merecen ser considerados “paternalismo” y cuáles no.

En mi opinión, la aportación más importante al concepto de paternalismo por parte de nuestro autor ha sido la relevancia que ha otorgado a circunscribir el paternalismo a la finalidad de “evitar daños” y distinguirlo así de otras figuras que tratarían de “beneficiar”. Sobre esto me parecen pertinentes algunas consideraciones.

En primer lugar, hubiera sido conveniente explicitar, al tratar sobre el paternalismo, la diferencia entre “evitar daños” y “beneficiar” de manera que se muestre su relevancia. Creo no equivocarme al sostener que Ernesto Garzón vincula conceptualmente “beneficiar” a “acto gratuito”, es decir, la oportunidad de beneficiar a otro es la oportunidad de hacer algo que puede ser moralmente indiferente o moralmente

¹⁰⁵ Garzón Valdés, Ernesto: “Derecho, ética y política”, *cit.*, p. 13.

elogiable pero nunca moralmente obligatorio. “Evitar daños” es, sin embargo, una conducta que puede ser moralmente obligatoria. Las dos condiciones que, de acuerdo con nuestro autor, harían obligatorio un acto de “evitar daños” a otro serían: (1) que los daños en cuestión afecten a la esfera de necesidades básicas del otro y (2) que, más allá de la existencia de deberes especiales de asistencia, la acción de “evitar daños” no suponga para el que la realiza un sacrificio más que trivial. Restringir, por tanto, los supuestos de paternalismo, por definición, a “evitar daños” en este sentido, conlleva, como bien sospecha Manuel Atienza, facilitar la tarea de justificar el paternalismo y lo hace, incluso, moralmente obligatorio. No obstante, creo que con ello no se hace trampas (tratando de resolver la cuestión moral por definición) puesto que subsiste el problema moral de si cabe imponer estos bienes primarios (la satisfacción de las necesidades básicas) contra la voluntad de los destinatarios de la medida.

En segundo lugar, resulta confusa la cuestión de si cuando se persigue “beneficiar” y no “evitar daños”, pero los bienes que se trata de promover son de este tipo físico, psíquico o económico, estaríamos ante una forma de perfeccionismo o ante otra figura distinta tanto de este último como del paternalismo. A pesar de que en un principio Ernesto Garzón parece delimitar las intervenciones que tratan de beneficiar tanto del perfeccionismo (que busca perfeccionar el carácter) como del paternalismo (que trata de evitar daños), finalmente afirma que al introducir la noción de “bien” en la definición de paternalismo, como sugiere Manuel Atienza, “ello nos impide distinguir –dice Ernesto Garzón- los casos de paternalismo jurídico, que pueden ser justificables, de los de perfeccionismo moral, que me inclino a pensar que nunca lo son”¹⁰⁶.

7.2. Sobre la justificación del paternalismo

A/ Sobre la relación entre el paternalismo y la autonomía individual

Ernesto Garzón defiende la tesis de que “la estrategia de la autonomía no es muy fecunda para combatir el paternalismo”¹⁰⁷, y para ello se apoya en Douglas N. Husak,

¹⁰⁶ Garzón Valdés, Ernesto: “Sigamos discutiendo sobre el paternalismo”, *cit.*, p. 217.

¹⁰⁷ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p. 161.

autor que ha defendido la tesis de que “los filósofos que han tratado de usar la noción de autonomía para distinguir el paternalismo justificado del injustificado han propuesto criterios en los que la autonomía juega, como mucho, un rol simbólico”¹⁰⁸ y cuya conclusión final sobre este tema es que “los filósofos deberían abandonar el intento de formular objeciones generales al paternalismo y concentrarse en cambio en valorar la justificación de casos de paternalismo según sus méritos particulares”¹⁰⁹. A mi juicio, sin embargo, la estrategia de la autonomía (sea a través de la estrategia del paternalismo blando o a través de una estrategia de ponderación) es la vía más fecunda para combatir el paternalismo injustificado y, además, nos proporciona una explicación plausible de por qué el paternalismo requiere de justificación moral.

De una parte, algunos de los argumentos concretos que nuestro autor dirige contra la interpretación de las intervenciones paternalistas como violaciones de la autonomía me parecen discutibles. Así, por ejemplo, nadie dudará de que los cinturones de seguridad, como afirma nuestro autor, “no pueden ser considerados como una camisa de fuerza”, pero creo que si “los cinturones de seguridad” son paternalistas es porque no llevarlos está sujeto a una sanción y es esa amenaza de ser sancionado la que hace paternalista a la medida. La cuestión entonces es si “coaccionar” afectaría a la oportunidad del agente para ejercer su capacidad de elección. A mi juicio, la respuesta es afirmativa, la gente pierde la oportunidad de conducir sin cinturón de seguridad y sin correr el riesgo de ser sancionada. Además, creo que muchas más intervenciones paternalistas de las que Ernesto Garzón supone son análogas a la camisa de fuerza: por ejemplo, considerar nulos los actos de disposición de bienes firmados por los deficientes mentales, los menores, pródigos, etc., cuando ello se hace por su propio bien, sería hacerles “imposibles” esos actos por razones paternalistas. Igualmente, tampoco creo que una interferencia con la autonomía deje de serlo porque su finalidad sea preservar una mayor cantidad de autonomía a largo plazo.

De otra parte, mi objeción general sería que, en contra de lo que afirma Douglas N. Husak y parece asumir Ernesto Garzón, el argumento del respeto de la autonomía

¹⁰⁸ Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, *cit.*, p. 46.

¹⁰⁹ *Ibidem.*

individual vale *en principio* contra el paternalismo, si bien consideraciones sobre el bienestar (cuando éste se interpreta como el conjunto de elementos básicos para el bienestar humano) pueden inclinar la balanza a favor del paternalismo. En realidad, Ernesto Garzón asumiría este planteamiento cuando propone su vía de justificación de las intervenciones paternalistas que trataría de “poner el acento en la importancia del respeto de la autonomía de la persona”¹¹⁰.

B/ Sobre la noción de incompetencia básica

La estrategia seguida por Ernesto Garzón para dilucidar los casos de paternalismo justificado atribuye al concepto de “competencia” la función de guardián, que debe discriminar entre aquellas decisiones auto-referentes de los individuos que siempre deben ser respetadas de aquellas que *pueden* no ser respetadas. La estrategia muestra en sí una gran simplicidad, aunque las dificultades se reencuentran en torno al mismo concepto de competencia. Veamos algunas de las críticas que, a mi juicio, se le pueden dirigir a la concepción de la competencia defendida por Ernesto Garzón.

En primer lugar, generalmente se admite, y creo que Ernesto Garzón lo asume, que la competencia debe determinarse con relativa independencia del contenido de la decisión. Digo “relativa” porque, a mi juicio, el contenido de la decisión puede afectar de diversas maneras a la determinación de la competencia (por ejemplo, elevando el estándar exigible), pero es indispensable que esta determinación no se reduzca a juzgar sobre la racionalidad o no de la conducta en cuestión, puesto que si se hace de esta manera, el concepto de competencia se vuelve vacío y cumple, finalmente, una función puramente ideológica. Ernesto Garzón parece mantener esta separación en general, como muestra su posición con respecto a los fumadores o los suicidas, pero en un caso en particular parece que la misma decisión determina la incompetencia. Me refiero a cuando un individuo, o un grupo de individuos, no quieren aceptar la garantía de los bienes primarios que supone el coto vedado: “la no aceptación –dice Ernesto Garzón- de la garantía de los propios bienes básicos es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de relaciones causales elementales como son las que existen entre la disponibilidad de

¹¹⁰ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *cit.*, p.164.

estos bienes y la realización de cualquier plan de vida”¹¹¹. Igualmente, en diversas ocasiones, Ernesto Garzón parece apoyar la posición de John S. Mill de rechazar absolutamente la “libertad” de “dejar de ser libre”.

La cuestión que se plantea, a mi juicio, en este punto es sobre la naturaleza de la relación entre estas decisiones “inaceptables” y el juicio de competencia. Joel Feinberg, recordemos, en relación con esta cuestión de la inalienabilidad de los derechos fundamentales no descarta que se pueda renunciar a la titularidad de un derecho fundamental de forma “completamente informada, bien pensada y no coaccionada, esto es, completamente voluntaria”¹¹², pero, a la vez, sostiene que “la evidencia de voluntariedad que podamos obtener nunca podrá ser suficientemente fuerte para dejar a un lado la presunción natural de que nadie en su sano juicio, totalmente informado, se entregaría a una permanente pobreza o esclavitud, o vendería su derecho discrecional a la vida”¹¹³, de ahí que “con este fundamento el Estado debía siempre negarse a sancionar los pedidos de los ciudadanos para que se les permitiera alienar el derecho a la vida”¹¹⁴. Hubiera sido deseable una mayor claridad por parte de nuestro autor a este respecto: ¿iría su posición más allá de la de Joel Feinberg al afirmar que es *imposible* ser competente y preferir la no garantía de los bienes básicos? ¿o es un problema de prueba imposible de la competencia?

C/ Sobre la lista de casos de incompetencia básica

Ernesto Garzón nos propone una lista de casos en los que es “plausible decir que alguien carece de competencia básica”. La pretensión de nuestro autor no parece ser, por tanto, la de ofrecer una clasificación exhaustiva y excluyente de factores de incompetencia y, en esta medida, las críticas que siguen deben ser vistas más como un intento de completar y precisar la propuesta de nuestro autor que de rechazarla.

¹¹¹ Garzón Valdés, Ernesto: “Democracia y representación”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, cit., p. 645.

¹¹² Feinberg, Joel: “Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 7 (1990), p. 88.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

En relación con la descripción de los casos de incompetencia, la descripción del caso (a), *cuando se ignoran elementos relevantes de la situación en la que se tiene que actuar*, suscita numerosas dudas sobre su aplicación. Es de suponer que por “relevantes” nuestro autor se refiere a aquellos elementos cuyo conocimiento harían que el sujeto actúe de una manera distinta a cómo actuó. Pero aquí convendría distinguir dos situaciones: una, en la que bastaría con informar al sujeto de aquello que ignora para que actúe de otra manera y, otra, en la que el sujeto tiene acceso a la información relevante pero aún así no basa su acción en ella. En el primer caso se podría decir que la acción del sujeto no es intencional, de acuerdo con una descripción de la acción que toma en cuenta la relevancia de ciertas consecuencias dañosas de la misma no previstas y no queridas por el sujeto. Así, podría decirse que quien cruza un puente roto sin saberlo, no actuaba intencionalmente porque “no quería cruzar un puente roto”. En el segundo caso, tendríamos al sujeto que no cree a su médico cuando le informa de que seguir consumiendo cierto medicamento le puede producir graves daños. La cuestión que se plantea es si Ernesto Garzón incluiría dentro de este tipo de incompetencia también estos casos en los que la información está disponible pero el sujeto no la cree. Pensemos, por ejemplo, en quienes pagan adivinadores, acuden a curanderos, etc. Dado que es plausible sostener que el sujeto actuaría de otra manera si creyera que los adivinadores y curanderos son unos farsantes, entonces cabría entender que en estos supuestos se da una “ignorancia relevante” y, por tanto, que habría una situación de incompetencia básica.

Con todo, el primer caso de incompetencia básico propuesto por nuestro autor tiene la cualidad de, por su generalidad, ser interpretable como un tipo básico de incompetencia: aquél que englobaría todos los factores que distorsionan la formación de las creencias que sirven de razones para tomar una decisión o llevar a cabo una acción, de manera que la decisión o acción aparecen como insuficientemente voluntaria.

El tipo (b), *cuando la fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que el individuo no puede llevar a cabo sus propias decisiones*, plantea algunos problemas de independencia con respecto a los tipos (c), *facultades mentales temporal o permanentemente reducidas*, y (d) *compulsión*.

Los alcohólicos y drogadictos aparecen, por ejemplo, incluidos en el tipo (b). Si nuestro autor se refiere a los estados de “intoxicación”, creo que cabría incluirlos

igualmente en el tipo (c). Si nuestro autor, se refiere con “alcohólicos y drogadictos” al estado de “adicción”, entonces no cabe duda de que su comportamiento caería igualmente en el tipo (d), puesto que la conducta adictiva sería un supuesto de comportamiento compulsivo y, en general, podría sostenerse que los comportamientos compulsivos estarían incluidos en la descripción del tipo (b). En todo caso, dentro de este tipo (d), comportamiento bajo compulsión, parece aconsejable distinguir aquellos casos en los que la fuente de la compulsión es interna (por ejemplo, el comportamiento obsesivo-compulsivo) y aquellos en los que es externa (por ejemplo, las amenazas).

Igualmente, Ernesto Garzón incluye en el tipo (b) los supuestos de debilidad de la voluntad. Este difícil concepto parece susceptible de dos interpretaciones principales: una, según la cual el *akrates* actúa de forma voluntaria¹¹⁵ y, otra, según la cual el *akrates* actúa movido por la pasión o la emoción¹¹⁶ (como el caso de Ulises). De acuerdo con esta última interpretación el fenómeno de la debilidad de la voluntad podría reconducirse a las categorías (c) y/o (d) de la lista presentada por nuestro autor. De acuerdo con la primera interpretación, si no me equivoco, se trataría del supuesto (e)¹¹⁷.

Por lo que respecta al carácter exhaustivo de la lista presentada también se plantean algunos problemas. En particular quiero referirme a dos supuestos que son importantes en la doctrina del paternalismo de Ernesto Garzón. En primer lugar, está la inmadurez de los niños. La cuestión es si la inmadurez merece ser considerada un tipo propio de incompetencia, si cabe encajarla en algunos de los tipos propuestos o si es descomponible en diferentes incompetencias de los tipos propuestos. A mi juicio, la incompetencia de los niños es peculiar, frente a otros tipos de incompetencia, por su

¹¹⁵ Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 109.

¹¹⁶ Véase: Hare, R.M.: *Freedom and Reason*, ed. Oxford University Press, Oxford, 1963, pp. 67 y 68.

¹¹⁷ Para Carlos S. Nino este supuesto de la “debilidad de la voluntad” es central para considerar la posibilidad de intervenciones paternalistas justificadas con adultos. Este autor define a la “debilidad de la voluntad” como “una actuación consciente en contra de intereses más importantes que el individuo reconoce como mucho más importantes que los deseos que conducen a esa actuación” (Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, cit., p. 416). A pesar de que a Carlos S. Nino le parece difícil distinguir estos supuestos de aquellos en los que hay valoraciones divergentes de los individuos, reconoce que “el riesgo se atenúa cuando se trata de intereses que suelen ser reconocidos como primordiales y los actos que se imponen no suelen ser (ellos mismos o sus consecuencias) seriamente perturbadores para la gama de planes de vida que de hecho la gente adopta” (*op. cit.*, p. 416). Carlos S. Nino parece admitir, aunque no lo diga muy claramente, que se trataría de supuestos de paternalismo justificado, aun cuando se admita que el *akrates* es un adulto competente.

temporalidad y por la gradual adquisición de la competencia. Además, el “mundo” de los niños parece tener valores propios (la imaginación, la ingenuidad, la afectividad, etc.) que se entremezclan con las circunstancias de vulnerabilidad y que aconsejan, a mi juicio, hacer de la minoridad una circunstancia específica de la incompetencia.

Sobre la infancia, Ernesto Garzón señala que es un caso de “vulnerabilidad absoluta”, situación determinativa de la incompetencia en la que además de los niños pueden encontrarse otros colectivos. Éste es un tipo de incompetencia que se caracteriza porque aún cuando se eliminaran las situaciones de opresión o explotación sería necesario “la adopción de medidas de ayuda”.

La “vulnerabilidad absoluta” se contrapone –recordemos- a la “vulnerabilidad relativa”, que es la que padece quien puede, si se eliminan las condiciones marco de explotación o discriminación, adquirir y conservar los bienes que le importan. La incapacidad que conlleva esta vulnerabilidad es “relativa” y con respecto a ella lo que hay que hacer es eliminar la opresión. A partir de aquí, de acuerdo con la doctrina de Ernesto Garzón sobre el paternalismo, habría que decir que habría dos tipos de incompetencia básica: La primera sería la “incompetencia básica *relativa*”, que sería aquella cuyas causas de incompetencia son externas al propio individuo. El caso más significativo de esta incompetencia básica relativa sería el de las situaciones de explotación coactiva. La segunda sería la “incompetencia básica *absoluta*”, que sería aquella en la que las causas de la incompetencia son internas al individuo, constituyen una condición del sujeto (temporal o permanente) incompetente.

La incompetencia básica relativa y la incompetencia básica absoluta pueden estar conectadas causalmente y en ambas direcciones. Una de estas conexiones sería una peculiar forma de incompetencia básica absoluta que afecta a la formación de las preferencias de los individuos y que se puede originar por la existencia de situaciones de incompetencia básica relativa. Me refiero al fenómeno que Jon Elster ha denominado “preferencias adaptativas”¹¹⁸. Sucintamente, se trataría del “ajuste de las voliciones a las posibilidades, no la adaptación deliberada que prefieren los planificadores del carácter,

¹¹⁸ Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, ed. Península, Barcelona, 1988, pp. 159 y ss.

sino un proceso causal que ocurre de manera no consciente”¹¹⁹. Sería el tipo de preferencia que muestra la zorra de la fábula por no comerse las uvas que, de hecho, no están a su alcance.

Igualmente, cabría conectar la incompetencia básica absoluta con la incompetencia básica relativa en los casos de “racionalización de la esperanza”, es decir, el proceso por el que las creencias son conformadas por las voliciones, “lo cual –dice Jon Elster- nos hace pensar que el mundo es en realidad como queremos que sea”¹²⁰. Este proceso se diferencia del anterior en que no afecta a la formación de las preferencias sino a la formación de las creencias.

Estos dos supuestos, preferencias adaptativas y racionalización de la esperanza, no están incluidas en la lista de casos de incompetencia básica señaladas por Ernesto Garzón, a pesar de que, en mi opinión, estas ideas de preferencias y creencias que son conformadas por un proceso (de algún modo inadecuado) que les resta relevancia moral está detrás de muchas de las consideraciones que sobre la democracia y el mercado hace nuestro autor.

C/ Sobre las condiciones de justificación del paternalismo

La anterior cuestión está íntimamente relacionada, a mi juicio, con el núcleo de las críticas que Manuel Atienza dirige a las condiciones de justificación del paternalismo propuestas por Ernesto Garzón. Como vimos, Manuel Atienza reprocha a Ernesto Garzón el haber descuidado la noción básica de “consenso racional” de manera que su exposición quedaría “incompleta”.

Creo que hay diversas interpretaciones de la posición de Manuel Atienza, pero aquí me gustaría destacar dos que, según creo, apoyan su posición. Según la primera, la presunción racional de que los afectados consentirían a la medida, en el caso de no estar en una situación de incompetencia básica, es necesaria para la justificación del paternalismo porque la teoría de las necesidades básicas no puede por sí sola establecer

¹¹⁹ Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., p. 42.

¹²⁰ Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., pp. 43 y 203 y ss.

qué beneficia a un individuo en particular en una situación concreta. Así, por ejemplo, aunque la vida es una de las necesidades básicas o bienes primarios, no siempre prolongar la vida a B es lo más beneficioso para B. De acuerdo con ciertas situaciones, puede ser incompatible la satisfacción conjunta de dos necesidades básicas o, incluso, un deseo secundario de un individuo (por ejemplo, el mantener la fidelidad a sus principios religiosos) puede entrar en conflicto con la satisfacción de una necesidad básica (por ejemplo, proteger la vida). La teoría de las necesidades básicas puede servir, según lo dicho, como fundamento de una teoría de los derechos y, en general, como base teórica sobre la que construir presunciones generales sobre lo que promueve el bienestar de los individuos, pero no puede garantizar el contenido de una acción *benevolente* en un caso concreto. Pensemos en todos aquellos casos en los que un sujeto que era competente deviene incompetente: por ejemplo, el famoso caso de los presos del GRAPO. En este caso, un grupo de presos de una organización terrorista, conocida con las siglas GRAPO, decidió iniciar una huelga de hambre para presionar a la Administración penitenciaria a un reagrupamiento de todos los presos en el mismo centro. Diversas autoridades jurisdiccionales entendieron que cabía legítimamente alimentar forzosamente a los presos cuando estos hubieran perdido la consciencia. Sin entrar en los detalles del caso, parece claro que un individuo que ha perdido la consciencia es incompetente y que si su vida corre peligro por hallarse en un estado avanzado de desnutrición, desde el punto de vista de la teoría de las necesidades básicas se debería alimentarlo. Sin embargo, también parece claro que, en este supuesto, es muy dudoso que quepa presumir racionalmente que el individuo consentiría a la medida de no hallarse en una situación de incompetencia básica. El propio Manuel Atienza ha comentado este caso desde la perspectiva de su doctrina sobre el paternalismo. A su juicio, el argumento paternalista esgrimido a favor de la alimentación forzosa era el siguiente:

“El deber de velar por la integridad y la salud de los internos reaparece, sin embargo, en el caso de pérdida de la consciencia por parte del huelguista, aun cuando el recluso hubiese previsto esta situación y hubiese manifestado que tampoco entonces deseaba que se le alimentase. La razón para ello es que ‘nunca podremos afirmar ni conocer cuál hubiera sido la voluntad del interno en ese momento y en esa circunstancia. La pérdida de la consciencia le priva de la posibilidad de modificar su criterio, y estamos ante una voluntad presunta que, ahora sí, cede ante el deber asistencial’¹²¹.

¹²¹ Atienza, Manuel: *Tras la justicia*, ed. Ariel, Barcelona, 1993, p. 98. Sobre este caso, véase, igualmente, López Calera, Nicolás: “La vida y la muerte ante la ética y el derecho. Paternalismo médico y desarrollo científico”, en *Doxa* 15-16 (1994), vol. II, pp. 715-729.

A juicio de Manuel Atienza, se trataría de un paternalismo injustificado. A este respecto, nos dice lo siguiente:

“Yo no dudo en que hay casos en que puede estar justificado actuar de forma paternalista. Concretamente, pienso que sí lo están si se dan estas tres condiciones: 1) la medida está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o de una colectividad; 2) los individuos o la colectividad a que se destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica –transitoria o no-; y 3) se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en la condición 2) y, por tanto, conocieran cuál es realmente su bien. Puede aceptarse que en este caso se da la condición 1) y también –en la medida en que están inconscientes- la 2), pero, desde luego, no puede decirse lo mismo en relación con la condición 3), siempre y cuando se suponga (como se hace en todas las decisiones judiciales y opiniones recogidas) que el individuo (el preso del GRAPO) tomó su decisión de prolongar la huelga de hambre hasta la muerte con pleno conocimiento de causa y de manera libre y voluntaria”¹²².

Según la segunda interpretación de la tesis de Manuel Atienza sobre la necesidad de incluir en la justificación del paternalismo la noción de “consenso racional”, aún cuando admitamos que ciertos estados son siempre un daño para los individuos y nos pongamos de acuerdo en las circunstancias de la incompetencia básica, quedaría todavía pendiente la cuestión de si es racional admitir la justificación de las intervenciones paternalistas. Si tenemos razones para pensar que los posibles agentes paternalistas (por ejemplo, el Estado) no reunirán ni las cualidades de juicio ni las motivaciones adecuadas para ejercer un paternalismo realmente beneficioso para los afectados, entonces podría ser irracional aceptar casos de paternalismo justificado.

Si no me equivoco, parte del rechazo de Ernesto Garzón a añadir una tercera condición de justificación del paternalismo relativa al consentimiento hipotético de los afectados se debe a su rechazo general a acudir a la noción de “consentimiento” como criterio de justificación moral. Sin embargo, creo que la propuesta de Manuel Atienza, en sus dos interpretaciones, es aceptable.

¹²² Atienza, Manuel: *Tras la justicia*, cit., pp. 11 y 112.

No quisiera terminar sin referirme al importante caso de los fumadores que, como hemos visto, nuestro autor insiste en dejar del lado de los competentes básicos. Recordemos que Manuel Atienza reprochaba a Ernesto Garzón haber violado con ello el principio de universalidad que establece que debe tratarse de forma semejante a los casos semejantes.

La respuesta de Ernesto Garzón es, por supuesto, negar que el caso de los fumadores sea semejante a otros casos propuestos por él como supuestos de incompetencia básica y, en concreto, al caso de los conductores que no se ponen el cinturón de seguridad. Para ello, Ernesto Garzón parece presuponer alguna forma de teoría de la adicción¹²³ como un comportamiento racional¹²⁴, puesto que el fumador “no

¹²³ Sobre los aspectos teóricos del problema de la adicción, véase: Elster, Jon y Ole-Jorgen Skog: *Getting Hooked. Rationality and Addiction*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1999. En principio, cabe decir que el consumo de nicotina produce una adicción química que está en el “núcleo de las adicciones”, junto con el alcohol, los opiáceos, la cocaína, las anfetaminas y la cafeína. Sin embargo, la nicotina presenta peculiaridades dentro de este conjunto que, como señalan Jon Elster y Ole-Jorgen Skog, contradicen muchas de las generalizaciones que sobre el consumo de drogas se proponen. Estos autores destacan las siguientes peculiaridades del consumo de nicotina: no altera el carácter, no se convierte en una actividad dominante que dirige el resto de actividades del individuo y, a pesar de que técnicamente es un estimulante, muchos fumadores explican que fuman para relajarse (*op. cit.*, p. 5). La caracterización de las adicciones no es fácil. Jon Elster y Ole-Jorgen Skog resumen las diversas propuestas en dos grupos de criterios. En uno de ellos se trata de definir las adicciones de acuerdo con factores que se consideran objetivos. De acuerdo con esto, la adicción presentaría los siguientes tres rasgos: 1) tolerancia (el fenómeno por el cual el agente necesita cada vez más de la sustancia o actividad para obtener el mismo efecto), 2) síndrome de abstinencia y 3) daño objetivo. En el otro grupo se encuentran las propuestas que enfatizan aspectos más subjetivos de la adicción. De acuerdo con estas propuestas, habría tres elementos característicos: 4) el ansia, 5) el deseo de dejarlo y 6) la incapacidad para dejarlo (*op. cit.*, p. 10). Si observamos estas dos aproximaciones al concepto de adicción nos daremos cuenta de que, en relación con el problema de la nicotina, habría dos características sobresalientes y que, potencialmente, pueden entrar en conflicto: por un lado, en la aproximación más objetiva, el factor del daño objetivo y, por otro lado, en la aproximación más subjetiva, el factor de que el fumador experimente el deseo de dejarlo. Pensemos en el caso del fumador que ha sido advertido por los médicos del alto riesgo de muerte que corre si persiste en su “hábito” de fumar y que, sin embargo, no quiere dejar de hacerlo. No obstante, parece que la posición más razonable es entender que el fumador habitual es un adicto a la nicotina. Véase, igualmente: De Páramo Arguelles, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo*, *cit.*, p. 41.

¹²⁴ Hay una importante divergencia entre las teorías que tratan de explicar el mecanismo de la adicción. Algunas teorías sostendrían que la adicción afecta a la estructura de recompensas del individuo, pero no a su capacidad de elegir racionalmente, mientras que, para otras, la capacidad de elegir racionalmente se vería afectada por la adicción. Hay teorías que ponen el énfasis en la miopía del adicto que se da cuenta de las consecuencias de su adicción cuando ya es demasiado tarde. Teorías que destacan la dependencia del valor de las opciones con el transcurso del tiempo, de manera que el individuo que prefiere, en general, más una buena salud al consumo de alcohol cuando se acerca la oportunidad de consumir valora más ese acto particular de consumo que la recompensa, diferida en el tiempo, de la salud. Teorías que apuntan a defectos de comprensión de las consecuencias de la adicción (aunque sepa que éstas existen), como, por ejemplo, la creencia de algunos fumadores de que “no me tocará a mí” o el fenómeno por el que la propia adicción disminuye en lugar de aumentar la preocupación por el futuro. Finalmente, teorías que apuntan al aspecto

está dispuesto a recurrir a X (no fumar), pues, desde el punto de vista de su elección subjetiva, valora X menos que el displacer que le proporcionaría X”¹²⁵. El fumador, a diferencia del conductor, tiene una razón para seguir fumando.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que el fumador, a la vez que tiene una razón para seguir fumando, tenga también una razón para no seguir fumando, esto es, la creencia en que algunos de sus intereses más importantes (la salud y la vida) pueden ser gravemente perjudicados si persiste en su hábito. Si éste es el caso, entonces el comportamiento del fumador sería un ejemplo de debilidad de la voluntad. Dado que Ernesto Garzón sostiene que la debilidad de la voluntad es una causa de incompetencia básica, la única vía que le queda para sostener que no cabe fundar una generalización de que los fumadores son incompetentes básicos es afirmando la verdad de otra generalización: que los fumadores valoran más el displacer de no fumar que su vida o su salud. A mi juicio, sin embargo, esta última generalización es falsa, como lo muestra el hecho de que la mayoría de los fumadores han tratado alguna vez de dejar fumar o de fumar menos por su salud.

Creo que Ernesto Garzón, para poder seguir afirmando que los fumadores no son incompetentes básicos, debería haber eliminado de su lista de situaciones de incompetencia básica el tipo (e), que sería una descripción del fenómeno de la debilidad de la voluntad, ya sea en razón de que tal fenómeno no es posible o en razón de que aún siendo posible el comportamiento del *akrates* es voluntario.

Mi opinión es, no obstante, que el problema no está tanto en la lista como en la exclusión que pretende nuestro autor. Creo que la mayoría de fumadores se comportan como incompetentes básicos y que ello justifica en parte los esfuerzos de las autoridades para desalentar el consumo de tabaco.

social del problema, en las que el adicto aparece como un “conformista”. Véase: Elster, Jon y Ole-Jorgen Skog: *Getting Hooked. Rationality and Addiction*, cit., pp. 15-26.

¹²⁵ Garzón Valdés, Ernesto: “Sigamos discutiendo sobre el paternalismo”, en *Doxa*, cit., p. 218.

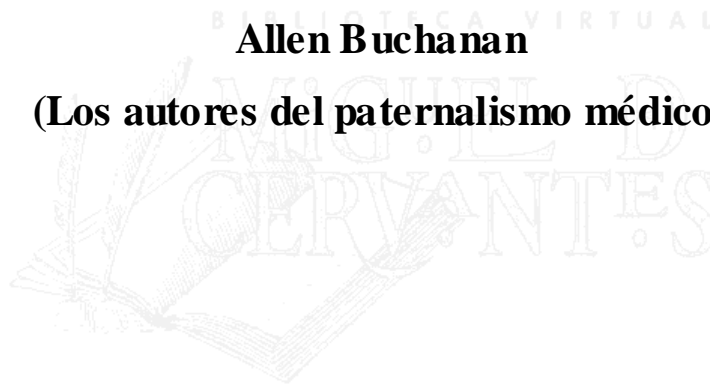
CAPÍTULO V

Tom L Beauchamp y James F. Childress

Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner Clouser

Allen Buchanan

(Los autores del paternalismo médico)



1. Introducción

Dado que el tema principal de esta tesis es el concepto y justificación del paternalismo *jurídico*, la introducción de un capítulo dedicado al paternalismo médico requiere de justificación.

La primera razón que creo que justifica este capítulo es que, como desarrollaré más adelante¹, las relaciones entre el paternalismo jurídico y el médico son numerosas y estrechas: algunos supuestos de paternalismo médico caerían de lleno dentro de la categoría de paternalismo jurídico (por ejemplo, cuando los médicos ejercen el poder que algunas leyes les confiere de considerar a un paciente incompetente a los efectos de prestar consentimiento o rechazo válido a un tratamiento)², otros supuestos de paternalismo médico estarían permitidos legalmente (aquellos en los que se aprecia una “necesidad terapéutica” de ocultar información al paciente)³ y, finalmente, el objetivo

¹ En el último capítulo de esta tesis trataré de precisar algo más las relaciones entre paternalismo médico y paternalismo jurídico. Véase, igualmente: Alemany, Macario: “Las estrategias de la benevolencia. Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética”, en *Doxa*, 26 (2003), pp. 769-795.

² De acuerdo con la práctica médica y con la legislación española, cuando los médicos creen que un paciente no reúne los requisitos necesarios de capacidad para consentir o rechazar a un tratamiento acuden inmediatamente a los familiares y allegados o, en ausencia de estos, proceden según su criterio. A mi juicio, la ley confiere a los médicos un verdadero poder de determinar la incompetencia de un paciente en relación con aspectos de su tratamiento. Me parece una interpretación errónea entender que el médico se limita a certificar la existencia de circunstancias de incapacidad (una cuestión de hechos, en gran medida). Si no me equivoco, en todos los casos de sujetos que no pueden ser considerados “autoridad”, en el sentido de órgano del Estado, pero que, sin embargo, pueden ejercer poderes normativos sobre otros sin su consentimiento, estaríamos ante instituciones de tipo paternalista. Por ejemplo, el artículo 9.3 a) de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* dispone que “se otorgará el consentimiento por representación (...) cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”. Estas consecuencias normativas de los criterios médicos sobre la capacidad de los pacientes han sido particularmente destacadas por Thomas Grisso y Paul Appelbaum en su obra: *Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1998.

³ Este sería el caso de la legislación española. En el artículo 5.4 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, se dispone lo siguiente: “El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación puede perjudicar su salud de manera

principal del paternalismo jurídico estatal es el mismo que el del paternalismo médico: el bienestar físico y psíquico de los ciudadanos.

La segunda razón sería que hay una continuidad entre la discusión sobre el paternalismo jurídico que hemos tratado y la discusión sobre el paternalismo médico. Por un lado, todos los autores que veremos toman como punto de partida la definición de paternalismo jurídico de Gerald Dworkin (en el caso de Tom L. Beauchamp y James F. Childress se utiliza, además, la teoría sobre el paternalismo de Joel Feinberg). Por otro lado, como hemos visto, los autores que he estudiado hasta ahora también se ocupan del paternalismo *en general* y, en algún caso, se han referido directamente al paternalismo médico (y cuando lo han hecho, se han basado especialmente en los autores que veremos en este capítulo).

La tercera y última razón -quizás la más importante- es que las argumentaciones justificantes del paternalismo médico son valiosas para elucidar la justificación del paternalismo jurídico. Veremos, incluso, una gran área de coincidencia entre las más recientes aportaciones de la filosofía del derecho, por un lado, y de la bioética, por otro, sobre el razonamiento moral. Esto hace, a mi juicio, muy útil la comunicación entre ambas disciplinas⁴.

Por otra parte, también es conveniente justificar la selección de los autores tratados en este capítulo. Además de la razón ya apuntada de la continuidad en la discusión sobre el paternalismo entre los autores que hemos visto hasta ahora y los seleccionados en este capítulo, cabría alegar lo siguiente: No es exagerado decir que Tom L. Beauchamp y James F. Childress son los especialistas en bioética más conocidos en el ámbito internacional y las diversas ediciones de su obra *Principles of Biomedical Ethics*⁵ son ya un “clásico” de la literatura sobre el tema. Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner

grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de la situación en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.

⁴ Una panorámica sobre las aportaciones más influyentes a la bioética puede obtenerse en Wayne Sumner y Joseph Boyle (ed.): *Philosophical Perspectives on Bioethics*, ed. University of Toronto Press, Canadá, 1996, pp. 81 y ss. Véase, igualmente: Vázquez, Rodolfo: “Teorías y principios normativos en bioética”, en *Doxa*, 23 (2000), pp. 427-448.

⁵ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1979, 1983, 1989, 1994 y 2001.

Clouser, por su parte, han aportado a la bioética con su trabajo *Bioethics: A Return to Fundamentals*⁶ una profundidad, sistematicidad y rigor de la que, lamentablemente, esta disciplina ha carecido en muchas ocasiones. Ambas aportaciones se caracterizan por tratar de aportar una exposición completa de la bioética: desde las cuestiones generales hasta las propuestas de solución de los problemas morales concretos más frecuentes en este ámbito.

Quizás lo anterior bastaría para justificar el comentario de estas obras y no de otras entre la ingente cantidad de escritos sobre bioética que se produce en la actualidad (tan ingente que resultaría imposible estar al día siquiera fuera de los informes, estudios, recopilaciones, etc., que tienen por objeto recoger lo que se escribe sobre bioética)⁷, pero lo más importante es que para estos autores el problema del paternalismo es central. Tom L. Beauchamp y James F. Childress suelen recurrir a casos de paternalismo siempre que quieren ilustrar el trabajo que -según proponen- se ha de hacer con los principios de la bioética. Para Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner Clouser se trataría del tema más importante de la ética médica. Hay que decir que, además, las obras de estos autores mantienen un diálogo entre ellas sobre la validez de sus respectivas propuestas. Se trata de una discusión en marcha sobre la que no es fácil dar noticia actualizada de su estado, por lo que limitaré mi estudio a las propuestas sistemáticamente presentadas en las obras ya citadas.

Junto a estos autores, hay otros muchos que han hecho interesantes aportaciones sobre el paternalismo médico. Creo que cabría destacar a Daniel Wikler⁸, reconocido experto en políticas públicas sanitarias, Dan Brock⁹ y al otro autor que veremos en este capítulo, Allen Buchanan. Sin embargo, tratando de ser razonable con el esfuerzo y

⁶ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1997.

⁷ Véase, por ejemplo, la *Bibliography of Bioethics*, editada por L. Walters y T. J. Tamar anualmente desde 1975.

⁸ Véase: Wikler, Daniel: "Paternalism and the Mildly Retarded", en *Philosophy and Public Affairs* 8 (1979), pp. 377-392.

⁹ Véase: Brock, Dan: "Paternalism and Promoting the Good", en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism, cit.*; Brock, Dan. " 'A Case for Limited Paternalism' Review of John Kleinig's *Paternalism*", en *Criminal Justice Ethics* (Summer-Fall 1985), 4(2), pp. 79-88; y Brock, Dan y Allen Buchanan: *Deciding for Others*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

espacio dedicado al tema del paternalismo médico, me he limitado, sin embargo, a este último y a un concreto artículo del mismo. El interés de este artículo, titulado “*Medical Paternalism*”, reside, a mi juicio, en que, primero, Allen Buchanan hace una propuesta conceptual sobre el paternalismo que ayuda a completar un cuadro de definiciones plausibles y, segundo, su crítica al paternalismo es original puesto que se hace desde presupuestos utilitaristas, cuando por lo general se entiende que la asunción del utilitarismo favorece la justificación del paternalismo (así lo entienden, por ejemplo, los autores de *Bioethics: A Return to Fundamentals*).

2. El concepto y la justificación del paternalismo en Tom L. Beauchamp y James F. Childress

2.1. Introducción

El enfoque más extendido en la actualidad para tratar sobre problemas bioéticos es el denominado “enfoque principialista” o “enfoque de los principios”. Éste tiene su origen en el “Informe Belmont” (1978), resultado de los trabajos de la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, creada por el Congreso Norteamericano en 1974. El informe señalaba que, con respecto a la investigación con seres humanos, los tres principios bioéticos fundamentales son los siguientes: el principio de autonomía o de respeto por las personas, el principio de beneficencia y el principio de justicia. La Comisión operó con dos postulados principales sobre los problemas bioéticos: 1) que la solución de los mismos no podía anticiparse por medio de un conjunto más o menos amplio de reglas específicas que constituyeran un código de bioética, y 2) que debía ponerse el acento en el consenso en torno a los principios y no en el disenso en torno a la teoría ética y metaética que les presta un mejor apoyo.

Un año después, Tom L. Beauchamp (que había sido miembro de la comisión) y James F. Childress publicaron el libro *Principles of Biomedical Ethics*¹⁰. Estos autores

¹⁰ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1979. La obra ha sido reeditada en cuatro ocasiones (1983, 1989, 1994 y 2001) con rectificaciones y ajustes de la posición inicial. Existe traducción al castellano de la 4 ed. (Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principios de Ética Biomédica*, ed. Masson, Barcelona, 2002). Las dos últimas ediciones, sobre las que me basaré en este apartado, asumen bastantes de las críticas que se dirigieron a las

añadieron un cuarto principio, el principio de no maleficencia, a los propuestos en el *Informe Belmont*, y extendieron sus conclusiones más allá del ámbito de la investigación con seres humanos para cubrir también los problemas éticos de la práctica médica y asistencial, dando lugar a la versión de los principios básicos en la bioética que ha devenido estándar¹¹. A continuación, expondré, en primer lugar, una caracterización sucinta del contenido de los principios propuestos por nuestros autores; en segundo lugar, en qué consiste el trabajo que, a su juicio, debe realizarse con los principios de la bioética para poder alcanzar soluciones a los casos particulares; en tercer lugar, su tratamiento del problema del paternalismo médico; finalmente, presentaré algunas consideraciones críticas.

2.2. Los principios de la bioética

De acuerdo con la teoría de Tom L. Beauchamp y James F. Childress, los principios son normas muy generales (en el sentido de que su ámbito de aplicación es muy amplio y su contenido muy abstracto)¹², *prima facie* vinculantes (vinculan siempre a menos que otra obligación moral concurrente tenga más peso en las circunstancias particulares del caso)¹³, e independientes (ningún principio está contenido en otro)¹⁴. Los principios se diferenciarían de las reglas (*rules*) en que estas últimas son más específicas

tres primeras y podría decirse que exponen un “principalismo” (utilizando una expresión de Bernard Gert y Charles M. Culver) más moderado.

¹¹ El término “biomedicina” englobaría las ciencias biológicas, la medicina y la asistencia sanitaria.

¹² El ámbito de aplicación de las normas viene determinado por sus condiciones de aplicación, es decir, las circunstancias que deben presentarse para que pueda darse la oportunidad de realizar el contenido de la norma; mientras que el contenido de la norma es la acción que de acuerdo con ésta puede, debe o no debe hacerse. Sobre los elementos de las normas: véase, Wright, G. H. von: *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. P. García Ferrero), ed. Tecnos, Madrid, 1970. Una interesante caracterización de los principios y su distinción con las reglas, que sustancialmente es aplicable a la bioética, puede encontrarse en la siguiente obra: Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, ed. Ariel, Barcelona, 1996.

¹³ Los autores toman el concepto de *prima facie* de la obra de W. D. Ross, que juzgan básica para su análisis. Véase, Ross, W. D.: *The Right and the Good*, Ed. Oxford Clarendon Press, Oxford, 1930.

¹⁴ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 12 y 13.

en su contenido y restringidas en su ámbito. La distinción entre principios y reglas es, por tanto, flexible¹⁵.

“(…) trabajamos –nos dicen- con una distinción entre principios y reglas que sólo es aproximada. Ambos son normas generales que guían las acciones. La diferencia es que las reglas son más específicas en el contenido y más restringidas en el ámbito que los principios. Los principios son normas generales que dejan mucho espacio para la deliberación en los casos particulares. No funcionan como guías precisas para la acción que nos informan en cada circunstancia de cómo actuar, como sí lo hacen las reglas y juicios más detallados”¹⁶.

Habría diferentes tipos de reglas que especifican principios. En primer lugar, estarían las *reglas sustantivas*, entre las que se situaría por ejemplo la regla del consentimiento informado, que son más específicas que los principios abstractos. En segundo lugar, las *reglas de autoridad*, es decir, “reglas sobre quién puede y debe realizar los actos”¹⁷. En tercer y último lugar, las *reglas procedimentales*, “que establecen qué procedimientos se deben utilizar”¹⁸: por ejemplo, para determinar la adjudicación de recursos médicos escasos¹⁹.

De acuerdo con nuestros juicios morales considerados (es decir, aquellas convicciones morales en las que más confiamos y creemos, con mayor seguridad, que no son sesgadas)²⁰ y tratando de buscar la mayor coherencia en nuestras creencias morales, en la práctica biomédica serían cuatro los principios fundamentales:

¹⁵ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 13.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 14.

¹⁹ Los autores señalan que hay, junto a los principios y las reglas, otros elementos de la moralidad que deben ser tenidos en cuenta, como los derechos, las virtudes y las emociones. En particular, se dedica especial atención al estudio de las virtudes morales y del carácter moral (al que dedican el capítulo segundo de su obra). Las virtudes, rasgos del carácter que son moralmente valiosos, predisponen a las personas a actuar conforme a los principios, las reglas y los ideales morales. Habría, a juicio de nuestros autores, una cierta correspondencia entre las virtudes y estos principios, reglas e ideales morales: así, al principio de respeto por la autonomía le correspondería la virtud de ser respetuoso, al de no maleficencia la virtud de no malevolencia, etc. Véase: Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., pp. 26-56.

²⁰ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 398.

1) *Principio de autonomía o de respeto por las decisiones de otros*: “Respetar a un agente autónomo implica, como mínimo, -explican nuestros autores- asumir su derecho a tener opiniones propias, a elegir y a realizar acciones basadas tanto en sus valores como en sus creencias personales”²¹. A lo que añaden que el principio de autonomía implica no sólo la obligación de no intervenir en los asuntos de otras personas, sino también la de asegurar las condiciones necesarias para que su elección sea autónoma, “mitigando los miedos y todas aquellas circunstancias que puedan dificultar o impedir la autonomía del acto”²². Por ello el principio puede formularse tanto negativa como positivamente. Negativamente, el principio establece que: “las acciones autónomas no deben ser limitadas por otros”²³. Positivamente, el principio nos obliga a ser respetuosos con la revelación de información y a favorecer la adopción de decisiones autónomas²⁴. Para que el principio de autonomía sirva “como guía práctica para la conducta tiene que ser especificado en función del contexto”, especificación que “dará lugar a derechos y obligaciones de libertad, intimidad, confidencialidad, sinceridad y consentimiento”²⁵. El principio de respeto por la autonomía tiene valor *prima facie* y “puede ser superado por otras consideraciones morales”²⁶: así, por ejemplo, mentir a un paciente supone una infracción del principio de autonomía, pero, ponderando, el principio de beneficencia puede justificar la mentira²⁷. Las siguientes reglas (más específicas) encontrarían apoyo en el principio de autonomía: 1) decir la verdad; 2) respetar la intimidad (*privacy*) de los otros; 3) proteger la información confidencial; 4) obtener el consentimiento de los pacientes para intervenir; y 5) cuando así se solicite, ayudar a los otros a adoptar decisiones importantes²⁸.

²¹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 63.

²² *Ibidem*.

²³ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 64.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 65.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

2) *Principio de no maleficencia, que obliga a no hacer daño intencionadamente:*

La no maleficencia implica “abstenerse intencionalmente de realizar acciones que puedan causar daño”²⁹. Los autores utilizan en este principio el concepto de daño, en sentido descriptivo, manejado por Joel Feinberg, es decir, daño como la frustración de un interés³⁰, y consideran que hacer daño siempre es *prima facie* incorrecto. Este principio daría lugar a las siguientes reglas: 1) no matar, 2) no causar dolor o sufrimiento, 3) no incapacitar, 4) no ofender y 5) no privar a los demás de los bienes de la vida³¹. Estas reglas serían más específicas pero no absolutas (siguen siendo *prima facie* aplicables). Junto a la obligación de no infligir daño también se prescribe no someter a los demás a riesgos de daños. Los autores rechazan algunos de los criterios tradicionales de la aplicación de este principio, así niegan la relevancia, a los efectos de determinar si se ha dañado o no, de la distinción entre no iniciar y retirar un tratamiento, entre tratamientos ordinarios o extraordinarios, entre tratamientos de mantenimiento (alimentar e hidratar) y tratamientos médicos o, finalmente, entre efectos intencionados y efectos simplemente previsibles (conocida también como “doctrina del doble efecto”). En su lugar, Tom L. Beauchamp y James F. Childress proponen partir de la distinción entre tratamientos optativos y obligatorios, construida a partir de juicios sobre la calidad de vida basados en “criterios justificables que valoren los perjuicios y los beneficios”³².

3) *Principio de beneficencia, que conlleva acciones positivas para evitar daños a los demás y para beneficiarlos:* Tom L. Beauchamp y James F. Childress distinguen dos principios de beneficencia: la beneficencia positiva y la utilidad.

Con respecto al principio de beneficencia positiva, nuestros autores señalan que muchos actos de beneficencia no son obligatorios, pero el principio de beneficencia impone una obligación (*prima facie*) de “ayudar a otros a promover sus intereses importantes y legítimos”³³. Aún admitiendo que la distinción entre lo ideal y lo

²⁹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 115.

³⁰ Véase el apartado 7.2.2. del capítulo III de esta tesis.

³¹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 117.

³² Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 139.

³³ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 166.

obligatorio moralmente es difícil, Tom L. Beauchamp y James F. Childress sostienen que “el principio de beneficencia positiva apoya un conjunto de reglas morales de obligación más específicas”³⁴. Los ejemplos que citan de las reglas de beneficencia obligatoria son los siguientes: 1) proteger y promover los derechos de los otros, 2) prevenir que suceda algún daño a otros, 3) suprimir las condiciones que puedan causar un daño a otros, 4) ayudar a las personas con discapacidades y 5) rescatar a las personas en peligro³⁵. Los principios y las reglas de beneficencia se diferencian de los principios y reglas de no maleficencia en diversos aspectos. Los principios y reglas de no maleficencia se caracterizan por “a) son prohibiciones negativas de acción, que b) deben ser obedecidas imparcialmente y c) ofrecen razones para establecer prohibiciones legales a determinadas normas de conducta”³⁶. Por su parte, los principios y las reglas de beneficencia se caracterizan por “a) presentan demandas positivas de acción, que b) no siempre tienen que ser obedecidas imparcialmente, y c) rara vez ofrecen razones para la sanción legal cuando son incumplidas”³⁷. La condición (b) es particularmente relevante porque se deriva del hecho de que no es posible actuar de manera benevolente con respecto a todas las personas. No obstante, puede que algunas reglas de beneficencia sí deban seguirse de manera imparcial: por ejemplo, “las que requieren el auxilio de extraños en condiciones de mínimo riesgo”³⁸. Las obligaciones de beneficencia pueden referirse tanto a la beneficencia general (se dirige a todas las personas) como a la beneficencia específica (que se dirige a grupos específicos). Con respecto a la beneficencia general, la cuestión principal es la delimitación entre lo obligatorio y lo ideal. Nuestros autores sugieren que el criterio correcto (de acuerdo con la moral común) sería algo similar a la solución propuesta por Michael Slote, de acuerdo con el cual: “Una persona tiene la obligación de prevenir el mal o el daño grave cuando puede hacerlo sin interferir gravemente con el

³⁴ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 167.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 168.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

propio modo o estilo de vida y sin causar perjuicios por comisión”³⁹. Con respecto a la beneficencia específica, Tom L. Beauchamp y James F. Childress sostienen que

“una persona X tiene una obligación determinada de beneficencia hacia una persona Y, si y sólo si se cumplen cada una de las siguientes condiciones (admitiendo que X es consciente de los hechos relevantes):

1. Y está expuesto al riesgo de una pérdida significativa o de un perjuicio para su vida o su salud o para algún otro interés principal.
2. La acción de X es necesaria (sola o junto a otras) para evitar esta pérdida o perjuicio.
3. La acción de X (sola o junto a otras) tiene una alta probabilidad de evitarlo.
4. La acción de X no representará riesgos, costes o cargas significativas para X.
5. El beneficio que Y puede esperar obtener supera cualquier perjuicio, coste o carga que es probable que ocurra a X”⁴⁰.

No obstante, nuestros autores muestran dudas de que los límites de una beneficencia específica no se desmoronen cuando “la ética de la obligación individual se enfrenta con problemas sociales de gran envergadura”⁴¹ y admiten que “usualmente la mayoría de nuestras obligaciones de beneficencia específica se apoyan en relaciones morales especiales (por ejemplo, la familia o la amistad) o en compromisos especiales, tales como promesas o roles que incorporan responsabilidades”⁴².

Junto a este principio de beneficencia positiva, nuestros autores explican también el contenido del principio de utilidad, que “requiere que los agentes sopesen ventajas e inconvenientes para obtener los mejores resultados globales”⁴³.

4) *Principio de justicia*: Los autores distinguen entre un principio de justicia formal y varios principios de justicia material. El principio de justicia formal establece que “los iguales deben ser tratados igualmente, y los desiguales deben ser tratados

³⁹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 170. Véase: Slote Michael A.: “The Morality of Wealth”, en Aiken, W. y H. LaFollete (dirs.): *World Hunger and Moral Obligation*, ed. Prentice-Hall, 1977.

⁴⁰ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 171.

⁴¹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 172.

⁴² Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 173.

⁴³ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 165.

desigualmente”⁴⁴. Los principios de justicia material serían los siguientes: 1) a cada persona una parte igual, 2) a cada persona de acuerdo con su necesidad, 3) a cada persona de acuerdo con su esfuerzo, 4) a cada persona de acuerdo con su contribución, 5) a cada persona de acuerdo con el mérito y 6) a cada persona de acuerdo con los intercambios del libre mercado⁴⁵. De acuerdo con Tom L. Beauchamp y James F. Childress, cada uno de estos principios “identifica una obligación *prima facie* cuyo peso no puede evaluarse independientemente de las circunstancias particulares o de los ámbitos en los que son particularmente aplicables”⁴⁶. Estos principios de justicia material sugieren diferentes propiedades relevantes, cuya tenencia hace a una persona candidata a participar en una distribución en particular. La determinación de cuáles son las propiedades relevantes en los diferentes contextos es un problema muy complejo con notables dificultades teóricas y prácticas. La regla de la oportunidad justa, según la cual “nadie debe tener garantizados beneficios sociales sobre la base de condiciones ventajosas no merecidas (porque ninguna persona es responsable de tenerlas) y que a nadie se deberían negar beneficios sociales sobre la base de condiciones desventajosas no merecidas (porque tampoco son responsables de esas propiedades)”⁴⁷, sirve como guía para determinar un conjunto de propiedades relevantes a la hora de aplicar el principio de justicia.

De estos cuatro principios de la bioética, la beneficencia constituye el principal objetivo y el fundamento de la práctica de la medicina, mientras que los otros tres principios (autonomía, no maleficencia y justicia) establecen los límites dentro de los cuales se puede perseguir ese objetivo⁴⁸.

2.3. La resolución de problemas bioéticos a partir de principios

⁴⁴ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 227.

⁴⁵ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 228.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 235.

⁴⁸ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 177.

La tradición ética en la que se basan estos autores es la que denominan “teoría de la moral común basada en principios”⁴⁹. Esta teoría extrae sus premisas básicas de la “moral común” a la que definen como “el conjunto de normas que comparten todas las personas moralmente serias”⁵⁰. Esta moral común tiene un carácter normativo (no es la mera descripción de normas socialmente vigentes) y universal (todas las personas que son serias moralmente aceptarán las demandas de la moral común). La teoría moral es una teoría acerca de la moral común, una teoría que trata de captar el punto de vista moral. La moral común es considerada por los autores como un hecho institucional (*institutional fact*) que contiene algunos preceptos fundamentales, que son los que permiten juicios universales y críticos con diferentes morales comunitarias⁵¹.

Los rasgos principales de esta teoría son los siguientes: En primer lugar, se basa en principios de obligación que no son absolutos (*prima facie*). En segundo lugar, es una teoría pluralista, donde se reconocen, en el nivel más general, dos o más principios (en esto se diferencia del utilitarismo y el kantismo, que son teorías monistas). En tercer lugar, el contenido de estos principios se deriva de las “creencias habituales compartidas”, suelen ser aceptados, aunque con diferentes grados de generalidad, por las teorías éticas rivales, y son criterios universales en la medida en que pueden servir para “evaluar y criticar los actos en países y comunidades cuyos puntos de vista morales habituales no permiten establecer principios básicos”⁵².

⁴⁹ Como se señaló anteriormente, Tom L. Beauchamp y James F. Childress han ido refinando su método de resolución de problemas morales a partir de principios a lo largo de las sucesivas ediciones de su libro, como respuesta a las críticas que sobre este método se les ha dirigido. Aquí hago el resumen de su última exposición conjunta del método, correspondiente a la edición de 2001. Los autores destacan entre los trabajos críticos que les han hecho variar sus posiciones el artículo de David DeGrazia: “Moving Forward in Bioethical Theory: Theories, Cases, and Specified Principlism”, en *Journal of Medicine and Philosophy*, 17 (1992), pp. 511-539. Igualmente destacables son las críticas que, como veremos en el apartado siguiente, les han dirigido Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner Clouser.

⁵⁰ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 3.

⁵¹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 4. En las anteriores ediciones, los autores limitaban la caracterización de la “moral común” a “la moral compartida por los miembros de una sociedad, es decir, del sentido común no filosófico y de la tradición”. Véase: Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principios de Ética Biomédica (4ª edición)*, cit., p. 94. Es importante advertir que ahora esta noción de “moral común” está cualificada con la cláusula de “las personas moralmente serias”.

⁵² *Ibidem*.

Frente a los modelos de justificación que van de arriba a abajo (*top-down models*), que consideran justificada la solución a un caso siempre y cuando ésta resulta de la aplicación de una regla o principio preexistente⁵³, y de abajo a arriba (*bottom-up models*), que proceden inductivamente de los casos particulares a los juicios y posiciones generales, los autores optan por un modelo coherentista, que no es ni ascendente ni descendente, puesto que opera en ambas direcciones⁵⁴.

Los *modelos de aplicación*, o deductivistas, no son adecuados para la resolución de los casos difíciles, crean un potencial (e indeseable) regreso al infinito de la justificación y sugieren, en contra de lo que sostienen nuestros autores, que hay una sola teoría normativa correcta⁵⁵. Uno de estos modelos sería la teoría ética defendida por Bernard Gert, junto con sus coautores K. Danner Clouser y Charles M. Culver, denominada por nuestros autores “teoría de la regla imparcial” (*impartiality-rule theory*).

Los *modelos inductivistas* pretenden que “ciertos tipos de casos y juicios particulares proporcionan garantías suficientes para aceptar conclusiones morales independientemente de las normas generales”⁵⁶. Dentro de estos modelos, se situaría el pragmatismo, el particularismo, algunas formas de feminismo y la teoría de la virtud. Los autores toman la “casuística” desarrollada por Albert Jonsen y Stephen Toulmin como ejemplo para mostrar los defectos del inductivismo⁵⁷.

El modelo coherentista tendría por objetivo alcanzar lo que John Rawls ha denominado un “equilibrio reflexivo”, es decir, un método que busca un máximo de

⁵³ El término “aplicación” se toma como sinónimo de “aplicación deductiva”. De ahí que los autores rechacen la denominación de “ética aplicada” y prefieran, en su lugar, la de “ética práctica”. Véase: Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., pp. 385-391.

⁵⁴ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., pp. 384 y ss.

⁵⁵ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., pp. 386 y 387.

⁵⁶ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 392.

⁵⁷ Véase, Jonsen, Albert R. y Stephen Toulmin: *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, ed. University of California Press, Berkeley, 1988.

coherencia entre nuestras creencias morales, principios morales y postulados teóricos⁵⁸. El punto de partida son lo que denominan “juicios reflexivos” (*considered judgments*), es decir, aquellas convicciones morales en las que más confiamos y creemos, con mayor seguridad, que no son sesgadas⁵⁹. Estos juicios reflexivos pueden darse en todos los niveles de generalidad en el pensamiento moral: desde juicios particulares hasta principios. El objetivo del equilibrio reflexivo es hacer los ajustes necesarios entre los juicios reflexivos para que sean coherentes con “nuestros compromisos morales más generales”⁶⁰. La búsqueda de la coherencia es un proceso que no termina, la coherencia es ideal (aunque no utópica, señalan los autores). Ahora bien, la coherencia, por sí sola, no proporciona una base suficiente para la justificación: un conjunto normativo puede ser coherente y moralmente inaceptable. De ahí la importancia de tomar como punto de partida a los “juicios reflexivos” que no son una mera cuestión de intuición individual, sino que reflejan una rica historia en experiencia moral que sostiene nuestra confianza en que son plausibles y fidedignos⁶¹. La moral común, finalmente, aportaría los más básicos de esos juicios reflexivos, que serían los principios que nos exigen respetar a las personas, tener en cuenta su bienestar (*well-being*)⁶², etc⁶³.

Los principios que establecen obligaciones *prima facie* requieren, para que sea posible resolver concretos problemas morales a partir de ellos, de especificación y ponderación (*balancing*). Los autores entienden que especificación y ponderación son dos operaciones diferentes. La especificación “es un proceso de reducir la indeterminación de normas abstractas y de dotarlas de un contenido para guiar la conducta (*action-guiding content*)”⁶⁴. La especificación resuelve un problema moral por

⁵⁸ Véase: Rawls, John: *Teoría de la Justicia*, cit..

⁵⁹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 398.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 400.

⁶² Véase: nota 53 del capítulo III de esta tesis.

⁶³ Una crítica sobre la plausibilidad de este método puede hallarse en Vázquez, Rodolfo: *Teorías éticas y principios normativos en bioética*, cit., pp. 442 y 443.

⁶⁴ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 16. Los autores han tomado muy en cuenta para elaborar el concepto de ‘especificación’ el artículo de Henry S. Richardson: “Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems” (publicado en *Philosophy and Public Affairs* 19 (1990), pp. 279-310). La definición que Henry S. Richardson proporciona de la “especificación” es la siguiente: “La norma *p* es una especificación de la norma *q* (o: *p* especifica *q*) si y

medio de “disolverlo”, ya que una vez especificada una norma se muestra, en algunos casos, que el dilema moral era solo aparente. Por ejemplo, es frecuente en la práctica médica estadounidense que los médicos no den a las compañías aseguradoras información veraz, para conseguir de esta forma que a los pacientes se les cubran los gastos de tratamientos que son necesarios pero que, de informar verazmente, no quedarían cubiertos. Uno de estos casos sería informar a una aseguradora de que a la paciente debe hacerse una mamografía para descartar un cáncer (prueba que suele ser costeadada), cuando de lo que se trata es únicamente de hacer una mamografía de control rutinario (prueba que no suele ser costeadada). En un caso así, la norma que prohíbe mentir parece crear un dilema con la norma que obliga a anteponer los intereses de los pacientes

sólo si: a) Las normas p y q son del mismo tipo normativo; b) cada posible ejemplo del equivalente absoluto de p contaría como un ejemplo del equivalente absoluto de q (en otras palabras, cualquier acto que satisface el equivalente absoluto de p satisface también el equivalente absoluto de q); c) p cualifica q de forma sustantiva (y no sólo convirtiendo cuantificadores universales en existenciales) añadiendo cláusulas que indican qué, dónde, cuándo, por qué, cómo, por qué medios, por quién, o para quién la acción tiene que ser, no tiene que ser, o puede ser realizada o la acción tiene que ser descrita, o el fin tiene que ser perseguido o concebido; y d) ninguna de estas cláusulas añadidas a p es irrelevante para q (*op. cit.*, pp. 295 y 296). Sobre esta definición conviene aclarar algunos extremos: En primer lugar, por “tipo normativo”, el autor se refiere a si la norma establece una obligación, permisión, prohibición o finalidad. En segundo lugar, se presupone que tanto las normas especificadas, que sirven como punto de partida, como las normas que especifican no son absolutas, es decir, se trata de normas que empezarán con la cláusula “para la mayoría de las acciones x ”. El equivalente absoluto de las mismas se obtiene por medio de sustituir la anterior cláusula por la siguiente: “para toda acción x ”. La condición (b) evita que una especificación se obtenga por medio de una disyunción afirmando, por ejemplo, que la norma “cuando has recibido grandes beneficios de alguien que no eran lo que simplemente se te debía, debes en general expresar a él o a ella tu gratitud” puede especificarse por medio de la norma “cuando has recibido grandes beneficios de alguien que no eran lo que simplemente se te debía, debes en general expresar a él o a ella tu gratitud o subrepticamente ayudar a su hijo”. Dicho brevemente, de acuerdo con esta condición, la especificación siempre supone un proceso de reducción extensional. En este artículo, Henry S. Richardson pretende que la “especificación” constituye un modelo de resolución de casos alternativo a los modelos de “aplicación” y “ponderación” (*balancing*). Por “modelo de aplicación” Henry S. Richardson se refiere exclusivamente a la aplicación deductiva de las normas y por “modelo de ponderación” a la resolución intuitiva de los casos. Esta identificación entre “ponderación” y “proceder intuitivo” es la que le permite distinguir entre “especificación” y “ponderación”. No se trata, desde luego, de una interpretación de la ponderación arbitraria, puesto que, efectivamente, ésta se ha asociado con frecuencia al intuicionismo. John Rawls, por ejemplo, define el “intuicionismo” de la siguiente manera: “la doctrina que mantiene que existe una familia irreductible de primeros principios que tienen que ser sopesados unos con otros preguntándonos qué equilibrio es el más justo según nuestro juicio”. Se trataría de teorías que, a juicio de John Rawls, tienen las siguientes dos características: “primera, consisten en una pluralidad de primeros principios que pueden estar en conflicto, dando soluciones contrarias en tipos de casos particulares; y segunda, no incluyen un método explícito, ni reglas de prioridad para valorar estos principios entre sí: simplemente hemos de sopesar intuitivamente estos principios para averiguar por aproximación lo más correcto”. Véase: Rawls, John: *Teoría de la Justicia*, *cit.*, pp. 44 y ss. Igualmente, David Ross, cuya obra es un antecedente fundamental de las éticas basadas en principios *prima facie* aplicables, sostiene que la intuición es la manera de elucidar cuáles son nuestras obligaciones definitivas a partir de nuestras obligaciones *prima facie*. Véase: Ross, David: *The Right and the Good*, *cit.* En los últimos años, también Jürgen Habermas ha sido muy crítico con la ponderación: a su juicio, ésta se efectúa “de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”. Véase: Habermas, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, ed. Trotta, Madrid, 1987, pp. 332 y ss.

a otras consideraciones. Sin embargo, el dilema se “disuelve” si entendemos que la norma que prohíbe “mentir” prohíbe, más específicamente, “mentir a quien tiene derecho a la información” y, junto con esto, se presupone que las aseguradoras no tienen derecho a esa información.

No obstante, nuestros autores advierten que la especificación es una estrategia atractiva sólo en la medida en que pueda justificarse. Algunos casos no podrán ser solucionados por medio de una especificación y, en general, en el modelo de la especificación no hay nada que indique que no se llevan a cabo juicios de ponderación entre diferentes principios y reglas en el acto mismo de especificar⁶⁵. De ahí que afirmen que los principios, reglas y derechos requieren tanto de ponderación como de especificación.

El proceso de ponderación, por otra parte, se suele explicar mediante la metáfora de “pesar” las normas; se trataría de determinar, cuando dos normas *prima facie* entran en conflicto (un conflicto de obligaciones de imposible cumplimiento simultáneo), qué obligación es la que más pesa. No obstante, nuestros autores advierten que esta metáfora sugiere erróneamente que la ponderación es meramente intuitiva o subjetiva, por lo que advierten que para ponderar justificadamente es necesario aportar buenas razones que apoyen el juicio.

Sobre la distinción entre especificación y ponderación dan la siguiente explicación:

“Necesitamos ambos métodos porque cada uno se dirige a una dimensión de los principios y las reglas morales: *alcance y ámbito (range and scope)*, en el caso de la especificación, y *peso o fuerza*, en el caso de la ponderación. La especificación supone un refinamiento sustantivo del alcance y el ámbito de las normas, mientras que la ponderación consiste en la deliberación y el juicio acerca del peso y la fuerza relativos de las normas. La ponderación es especialmente importante para llegar a conclusiones en casos individuales y la especificación es especialmente útil para desarrollar una línea de acción (*policy development*)”⁶⁶.

⁶⁵ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 17.

⁶⁶ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 18.

Sobre las dudas que se pueden suscitar en torno a la independencia de ambos métodos, los autores añaden

“Una forma de entender este proceso de ponderación lo acerca mucho o quizás lo fusiona con la especificación (...) las razones diferenciadas que se presentan en un acto de ponderación pueden ser vistas como una especificación de normas que incorporan esas razones (...) Fusionar de esta manera la especificación y la ponderación es interesante, pero parece demasiado simple y radical para cubrir todas las situaciones de ponderación y especificación. La ponderación con frecuencia desemboca en una especificación, pero no es necesario; y la especificación con frecuencia supone ponderar, pero también podría únicamente añadir detalles o completar las exigencias de un principio. En muchas ocasiones parece también inútil o innecesariamente complicado tratar de especificar: por ejemplo, en casos individuales de ponderación entre los daños y los beneficios de un tratamiento para un paciente incompetente, los casos son tan únicos y excepcionales que resulta peligroso generalizar una conclusión (...) Como ya hemos señalado, la ponderación es especialmente útil para el análisis de casos y la especificación para el desarrollo de líneas de acción. En conclusión, no defendemos la fusión de ambos métodos”⁶⁷.

A lo anterior añaden, abundando en la distinción entre especificación y ponderación, que algunas normas especificadas (serían casos raros) son virtualmente absolutas y, por tanto, escapan a la necesidad de ponderación: por ejemplo, la norma que prohíbe la crueldad y la tortura⁶⁸.

Tratando de limitar en la mayor medida posible el aspecto intuitivo de la ponderación, los autores nos proponen las siguientes condiciones para una ponderación justificada:

- 1) “Se pueden dar mejores razones para actuar de acuerdo con la norma que prevalece que con la norma que ha sido vencida.
- 2) Deben existir posibilidades realistas de alcanzar el objetivo moral que justifica la infracción.
- 3) La infracción es necesaria en la medida en que no existen acciones alternativas moralmente preferibles.
- 4) La infracción seleccionada debe ser la más leve, proporcional al objetivo principal del acto.
- 5) El agente debe intentar minimizar los efectos negativos de la infracción.

⁶⁷ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., 19.

⁶⁸ *Ibidem*.

- 6) El agente debe actuar imparcialmente con respecto a todos los afectados, es decir, la decisión del agente no debe ser influida por información moralmente irrelevante sobre alguna de las partes”⁶⁹.

2.4. El paternalismo: conflictos entre beneficencia y autonomía

2.4.1. Consideraciones conceptuales

Tom L. Beauchamp y James F. Childress sostienen que el problema del paternalismo ha adquirido mayor importancia desde que el modelo tradicional de la medicina (el modelo hipocrático), basado en la idea de que la beneficencia es la obligación primaria de la asistencia sanitaria, ha sido confrontado con el reciente modelo de la autonomía, basado en el respeto por las decisiones de los pacientes⁷⁰. Ambos modelos, autonomía y beneficencia, se muestran como potencialmente conflictivos, salvo que se incorpore la idea de autonomía dentro de la de beneficencia (“las preferencias del paciente ayudan a determinar qué cuenta como un beneficio médico”). El modelo de la beneficencia se opone con fuerza al modelo de la autonomía siempre que la decisión del paciente es seriamente irresponsable. En estos casos -se arguye con frecuencia-, el deber del médico es, de acuerdo con el modelo de la beneficencia, no tomar en cuenta las decisiones del paciente⁷¹.

A este respecto, nuestros autores mantienen, como hemos visto, dos tesis principales: primera, que no hay un principio que siempre prevalezca sobre los otros y, segunda, que la beneficencia constituye la razón de ser de la medicina y que los demás principios operarían como límites morales en la búsqueda del bienestar del paciente. La demostración de que ambas tesis son compatibles pasa por entrar a considerar el problema del paternalismo médico.

⁶⁹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., pp. 19 y 20. La condición “6” ha sido añadida en la última edición.

⁷⁰ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 176.

⁷¹ Una defensa reciente de este modelo de la beneficencia competitivo con el modelo de la autonomía puede verse en Pellegrino, Edmund y David Thomasma: *For the Patient's Good: The Restoration of Beneficence in Health Care*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1988.

El paternalismo consistiría, a su juicio, en lo siguiente:

*“en que una persona no toma en cuenta las preferencias o acciones conocidas de otra, cuando quien hace esto lo justifica en razón de que persigue beneficiar o evitar daños a la persona cuyas preferencias o acciones no son tomadas en cuenta”*⁷².

Algunas acciones, advierten los autores, pueden confundirse fácilmente con el paternalismo sin serlo de hecho. En particular, se refieren a los casos en los que el objetivo es evitar formas de explotación de unos seres humanos por otros: por ejemplo, cuando no se admite a los presos como candidatos idóneos para la investigación con seres humanos, a pesar de que ellos desean participar. Si, como sugiere el *Informe Belmont*, esta prohibición se justifica por la imposibilidad, dadas las circunstancias de la cárcel, de garantizar que los presos han consentido libremente, entonces no se trata de una prohibición paternalista.

Esta definición se caracteriza por ser neutral y porque el paternalismo se puede ejercer tanto en relación con decisiones autónomas como no autónomas de los sujetos tratados paternalistamente⁷³. En relación con esto último, nuestros autores introducen la distinción, trazada por Joel Feinberg, entre paternalismo fuerte y débil: en el paternalismo débil, nos dicen, “un sujeto interviene sobre la base de la beneficencia o la no maleficencia sólo para prevenir una conducta esencialmente involuntaria”⁷⁴, mientras que el paternalismo fuerte, en contraste, “implica intervenciones dirigidas a beneficiar a una persona, aunque las decisiones y acciones arriesgadas de ésta sean informadas,

⁷² Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 178. La definición en el inglés original es la siguiente: “*Paternalism, then, is the intentional overriding of one person’s known preferences or actions by another person, where the person who overrides justifies the action by the goal of benefiting or avoiding harm to the person whose preferences or actions are overridden*”.

⁷³ La tesis de que el paternalismo puede ser ejercido también en relación con decisiones no autónomas de los sujetos, o, dicho con la terminología de Joel Feinberg, de que el “paternalismo débil” es genuino paternalismo, ha sido expresamente negada por Tom L. Beauchamp en su artículo “*Paternalism and Biobehavioral Control*”, en *The Monist*, 60(1976). Sin embargo, a pesar de que personalmente no ha cambiado de opinión, al tratar el tema conjuntamente con James F. Childress acepta el paternalismo débil como verdadero paternalismo. Véase, igualmente: Beauchamp, Tom L. Y Laurence B. McCullough: *Medical Ethics: The Moral Responsibilities of Physicians*, ed. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1984; y Childress, James: *Who Should Decide? Paternalism in Health Care*, ed. Oxford University Press, 1982.

⁷⁴ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 181.

voluntarias y autónomas”⁷⁵. A pesar de su compromiso con la idea de que ambos tipos son igualmente paternalismo, reconocen que hay razones para dudar de que el paternalismo débil sea una forma de paternalismo “que necesite ser defendido”⁷⁶ y, por tanto, admiten que Joel Feinberg podría tener razón al señalar que nos puede confundir seriamente creer que el paternalismo débil es un tipo de auténtico paternalismo⁷⁷.

2.4.2. La justificación del comportamiento paternalista

2.4.2.1. La justificación del paternalismo apelando al principio de beneficencia

De acuerdo con Tom L. Beauchamp y James F. Childress, en torno a la justificación del paternalismo se han sostenido tres posturas principales: a) el anti-paternalismo, b) un paternalismo justificado que apela primariamente a cierta forma del principio de respeto a la autonomía y c) un paternalismo justificado que apela primordialmente a principios de beneficencia. Las tres estarían de acuerdo en que algunas formas de paternalismo débil están justificadas (si bien la primera posición negaría, en realidad, que se trate de genuino paternalismo) y, en contraste, la mayoría de los autores que asumen cualquiera de las tres posturas estarían de acuerdo en que el paternalismo fuerte no está nunca justificado.

El anti-paternalismo, que básicamente sostiene que el paternalismo (fuerte) supone una violación de los derechos individuales, se fundamentaría en tres tesis principales: primera, el paternalismo implica no tratar a los sujetos como moralmente iguales y viola su autonomía; segunda, conceder autoridad paternalista al Estado o a un grupo de individuos, como los médicos, puede acarrear peores consecuencias que no concederla; y, tercera, si el paternalismo se convierte en una razón para adoptar políticas, parece imposible limitar las intervenciones paternalistas para no desembocar en una sociedad de tipo “espartano”. Además, se podría añadir un cuarto argumento anti-

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ Sobre la distinción entre paternalismo fuerte y débil, véase el apartado 5.3. del capítulo III de esta tesis.

paternalista, esto es, que el paternalismo fuerte haría permisible o, incluso, obligatorio impedir a los individuos comportamientos heroicos⁷⁸.

La postura que sostiene que el paternalismo puede estar justificado apelando primordialmente al principio de respeto por la autonomía consideraría que una intervención paternalista justificada debería respetar las siguientes condiciones:

“(1) los daños que se evitan o los beneficios que se consiguen compensan la pérdida de independencia y el sentido de invasión de la autonomía que causa la intervención, (2) la persona se halla en un estado que limita seriamente su capacidad para tomar decisiones autónomas, (3) está universalmente justificado intervenir bajo circunstancias similares y (4) el beneficiario de la acción paternalista ha consentido, consentirá o, si fuera racional, consentiría a esas acciones que se llevan a cabo en su nombre”⁷⁹.

Dentro de esta postura, se situarían varias teorías importantes que apelan al consentimiento para justificar el paternalismo: por ejemplo, la teoría de Gerald Dworkin⁸⁰ o John Rawls⁸¹. A juicio de nuestros autores, ni en Gerald Dworkin ni en John Rawls se apela a una *predicción* sobre el consentimiento que el sujeto tratado paternalistamente daría en el caso de que los impedimentos para su autonomía no estuvieran presentes, sino a “una concepción kantiana de lo que un agente racional y autónomo aceptaría en unas circunstancias hipotéticas de consentimiento”⁸². Para Tom L. Beauchamp y James F. Childress, estas teorías tienen el atractivo de que parecen conciliar el paternalismo con el respeto por la autonomía pero son criticables porque, en la medida en que no incorporan un consentimiento real, probablemente justifican demasiado paternalismo: cualquier riesgo que asuma una persona podría dar lugar a una intervención paternalista si es un riesgo que no asumiría una persona racional. Además, y esto es para ellos lo más importante, la apelación al consentimiento, en cualquiera de sus formas, complica el asunto y es innecesaria.

⁷⁸ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 264.

⁷⁹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 183.

⁸⁰ Véase el capítulo II de esta tesis.

⁸¹ Véase el apartado 4.2. del capítulo I de esta tesis.

⁸² Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 185.

En definitiva, en opinión de nuestros autores, la postura más plausible sobre la justificación del paternalismo es la tercera, que apela primordialmente a principios de beneficencia. “La beneficencia, por sí sola –nos dicen-, justifica las acciones verdaderamente paternalistas, de la misma manera que lo hace en la justificación de las acciones de los padres que no toman en cuenta las preferencias de los hijos”⁸³. Sobre esta justificación del paternalismo basada en la beneficencia nos dicen lo siguiente:

“La justificación más plausible del paternalismo sitúa el beneficio en una escala junto con los intereses en la autonomía y los pondera: conforme los intereses de una persona en la autonomía son mayores y los beneficios para la misma son menores, la justificación del paternalismo es menos convincente; inversamente, conforme aumentan los beneficios para una persona y disminuyen los intereses de esa persona en la autonomía, la plausibilidad de la justificación de un acto paternalista aumenta. Por tanto, sería inaceptable evitar daños o proporcionar beneficios menores a costa de faltar profundamente el respeto a la autonomía; pero evitar perjuicios o proporcionar mayores beneficios mientras tan sólo se falta el respeto a la autonomía de manera trivial tiene una justificación altamente plausible”⁸⁴.

En relación con el paternalismo fuerte, nuestros autores no defienden políticas sociales o institucionales pero sí determinados *actos* de paternalismo fuerte. Un caso de paternalismo fuerte justificado sería, por ejemplo, el siguiente:

“Una doctora ha obtenido los resultados de un mielograma (radiograma de la médula espinal) tras la exploración de un paciente. Aunque los resultados no son concluyentes y necesitan ser repetidos, las pruebas, a pesar de todo, sugieren una grave patología. Cuando el paciente pregunta por los resultados de la prueba, la doctora decide, por beneficencia, retener información potencialmente negativa, sabiendo que con la revelación el paciente se mostraría angustiado y ansioso. Basándose en su experiencia con otros pacientes y en su conocimiento de este paciente a lo largo de diez años, la doctora está segura de que la información no afectaría a la decisión del paciente para consentir que se le practicara otro mielograma. Su única motivación al retener la información es ahorrar al paciente la angustia emocional de tener que considerar con sumo cuidado una decisión dolorosa prematura y quizás innecesariamente. Sin embargo, la doctora intenta ser completamente sincera con el paciente respecto a los resultados de la segunda prueba, por muy negativos que sean los hallazgos, y revelará la información

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ *Ibidem.*

mucho antes de que el paciente necesite tomar una decisión respecto a la cirugía”⁸⁵.

Además, Tom L. Beauchamp y James F. Childress traen a colación otro caso, de un tipo muy frecuente en la práctica asistencial, en el que una enfermera en contra de la opinión del paciente levanta las barandillas laterales de la cama para evitar que éste se caiga, el paciente está perfectamente lúcido pero la medicación que ha recibido le producirá somnolencia.

De acuerdo con nuestros autores, para que estos casos “menores” de paternalismo duro, frecuentes en la práctica hospitalaria, estén justificados, deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. “Que el paciente esté expuesto al riesgo de un daño significativo y evitable.
2. Que la acción paternalista evite probablemente ese daño.
3. Que los beneficios proyectados de la acción paternalista para el paciente sobrepasen los riesgos para el citado paciente.
4. Que se adopte la alternativa menos restrictiva de la autonomía que asegure los beneficios y reduzca los riesgos”⁸⁶.

Nuestros autores advierten que estas condiciones requieren de un análisis más detallado sobre su interpretación y límites. Además, reconocen que se sienten “tentados” de añadir una quinta condición: “que una acción paternalista no restrinja sustancialmente la autonomía”⁸⁷, para lo cual no deben estar en juego intereses vitales o primordiales de la autonomía. A su juicio, imponer una transfusión de sangre a un Testigo de Jehová rebasaría este límite de vulneración mínima de la autonomía. Sin embargo, creen que algunos casos de paternalismo justificado podrían ir más allá de este límite, por lo que no se trataría de una quinta condición *necesaria* en la justificación del paternalismo. Para ilustrar este punto nos proponen el siguiente caso:

“Un psiquiatra está tratando a una paciente (...) que se arrancó un ojo y se cortó la mano por motivos religiosos. Sin embargo, este paciente no está loco

⁸⁵ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., pp. 185 y 186.

⁸⁶ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 186

⁸⁷ *Ibidem*.

y actúa conscientemente de acuerdo con sus insólitas creencias religiosas. El paciente le pregunta al psiquiatra por su estado, una pregunta que tiene una respuesta inequívoca pero que, si es respondida, conduciría al paciente a practicar auto-mutilaciones para cumplir con lo que cree que son sus obligaciones religiosas. Muchos, incluidos los presentes autores, sostendrían que el doctor actúa paternalistamente, pero justificadamente, ocultando la información al paciente, incluso si es racional y por lo demás informado. Dado que la violación del principio de respeto por la autonomía es más que mínima en este caso (siendo las creencias religiosas centrales para el plan de vida del paciente), no puede ser una quinta condición para la justificación del paternalismo fuerte la exigencia de que no se vulnere sustancialmente la autonomía”⁸⁸.

2.4.2.2. La noción de “competencia” en la justificación del paternalismo

Una cuestión que inevitablemente se plantea sobre estas tesis en torno a la justificación del paternalismo es qué papel juega, si es que juega alguno, la noción de “competencia”. Nuestros autores diferencian entre la *función* que cumple la noción de competencia, su *definición*, los *estándares* de competencia y las *pruebas* para establecer la competencia. La *función* de los juicios de competencia es distinguir entre las personas cuyas decisiones deben ser respetadas (competentes) y las personas cuyas decisiones pueden no ser respetadas (incompetentes). La competencia se *define* como la “capacidad para llevar a cabo una tarea”⁸⁹. Se trata de una capacidad relativa a la tarea, de manera que una persona puede ser competente para decidir, por ejemplo, sobre su tratamiento médico e incompetente para decidir correctamente sobre sus asuntos financieros, y, en muchos casos, relativa en el tiempo: una persona puede ser competente en el tiempo t1 e incompetente en el tiempo t2. Además, la capacidad para llevar a cabo una tarea es esencialmente graduable, unas personas pueden ser más competentes que otras para desempeñar la misma tarea, pero para que el concepto de competencia pueda cumplir su función de dividir a los individuos entre competentes e incompetentes es necesario fijar un nivel de capacidad, con respecto a una tarea, por encima del cual los sujetos son competentes y por debajo del cual son incompetentes. Los *estándares* de competencia fijan el nivel de competencia exigible en relación con las tareas propuestas. En los contextos médicos, explican nuestros autores, se han propuesto diversos estándares de

⁸⁸ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 187.

⁸⁹ Nuestros autores toman la definición de la obra de Bernard Gert y Charles M. Culver que se examinará más adelante. Véase: Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, ed. Oxford University Press, Oxford, p. 53.

incompetencia que reflejan diferentes niveles de exigencia en relación con diversos tipos de capacidades. Los estándares menos exigentes se basan únicamente en la simple capacidad para formular una preferencia. Otros, con diversos grados de creciente exigencia, se basan en la capacidad para comprender la información y apreciar cómo ella se aplica a la propia situación. Finalmente, el estándar más exigente demanda la capacidad de alcanzar una decisión razonable⁹⁰.

Una forma de seleccionar un determinado grado de exigencia es siguiendo la estrategia que nuestros autores denominan de la escala móvil (*Sliding-Scale*), de acuerdo con la cual conforme una intervención médica incrementa el riesgo para los pacientes, se debe elevar el nivel de capacidad exigible para juzgar la competencia del paciente para aceptar o rechazar la intervención⁹¹. Los autores reconocen que esta estrategia de la escala móvil es atractiva. La decisión sobre qué estándar es el adecuado para determinar la competencia de los pacientes depende de varios factores y algunos de ellos están relacionados con la existencia de riesgos. Cualquier elección de estándar reflejará una tensión entre la protección de la autonomía, por un lado, y proteger a los pacientes de daños, por otro lado. “Aquellos que –dicen nuestros autores- aceptan un estándar exigente de competencia situarán el bienestar de los pacientes o los intereses médicos y la seguridad por encima de los intereses en la autonomía”⁹². Ahora bien, a juicio de nuestros autores, esta estrategia “crea una confusión sobre la naturaleza de los juicios de competencia y la competencia misma”⁹³. En su opinión, el incremento o disminución de los riesgos implicados justifica modificar los mecanismos para *asegurarse* de que un sujeto es o no competente, pero no para modificar el estándar de competencia.

Allen Buchanan y Dan Brock, que han construido una de las teorías más elaboradas sobre la estrategia de la escala móvil, defienden que “el nivel de competencia

⁹⁰ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 73. Sobre los estándares de competencia manejados en la práctica médica, véase: Roth, L. H., Meisel, A. y C. W. Lidz: “Tests of competency to Consent to Treatment”, en *American Journal of Psychiatry*, 134 (1977), pp. 279-284. Una visión general de este problema puede obtenerse en Simón Lorda, Pablo: “La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas”, en Feito Grande, Lydia: *Estudios de Bioética*, ed. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 119-154.

⁹¹ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 75.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 76.

que es exigible para tomar una decisión en particular debe ajustarse a las consecuencias de actuar conforme a esa decisión”⁹⁴. Nuestros autores opinan, sin embargo, que se trata de una tesis conceptual y moralmente peligrosa. A su juicio, no se debe confundir la complejidad o dificultad de una decisión con lo peligrosa que sea. No hay ninguna base, nos explican, para creer que las decisiones arriesgadas requieren más capacidad que las decisiones menos arriesgadas. En conclusión, Tom L. Beauchamp y James F. Childress abogan por un utilizar un estándar de competencia independiente de las consecuencias de las decisiones, junto con un estándar móvil de *prueba* de la competencia dependiente de las consecuencias de las decisiones.

Ahora bien, la pregunta es cómo se compatibiliza la función atribuida al concepto de “competencia” con la pretensión de nuestros autores de que la justificación del paternalismo en los casos en que las decisiones de los pacientes no son sustancialmente autónomas es más fácil que la justificación en aquellos casos en que las decisiones son autónomas pero, con todo, “algunas veces la beneficencia proporciona razones para restringir justificadamente acciones autónomas de la misma manera que acciones no autónomas”⁹⁵.

En una edición anterior de su obra, los autores defienden la distinción entre la cuestión de si “las decisiones de los pacientes deben ser tenidas en cuenta de la cuestión de si los pacientes son competentes”⁹⁶. A su juicio,

“Hay un espacio válido para el paternalismo en medicina, pero su espacio no es fijar los criterios de competencia. Los incompetentes son usualmente aquellos que tratamos paternalistamente, pero también podemos tener razones paternalistas válidas para no tomar en cuenta las decisiones de personas competentes. En cualquier caso, el problema del paternalismo justificado debe ser distinguido de los criterios de competencia, para así evitar

⁹⁴ Brock, Dan y Allen Buchanan: *Deciding for Others*, cit., p. 52. Junto a este trabajo, hay otra elaboración muy destacada de la “escala móvil” que se debe a James F. Drane, véase: Drane, James F.: “Competence to Give an Informed Consent. A Model for Making Clinical Assessments”, en *Journal of the American Medical Association*, 252 (1984), pp. 925-927; y Drane, James F.: “The Many Faces of Competency”, en *Hastings Center Report*, 1985, pp. 17-21.

⁹⁵ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 181.

⁹⁶ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fourth Edition)*, cit, p. 141.

situaciones en las que decidimos que la decisión de un paciente es demasiado arriesgada y que, en conclusión, es incompetente⁹⁷.

Aunque nuestros autores no aclaran más este problema sobre la función del concepto de competencia en relación con el paternalismo fuerte, creo que su respuesta sería que, puesto que el paternalismo fuerte sólo está justificado en relación con determinados actos y nunca como una política pública, la noción de competencia opera en el nivel de las leyes y reglamentaciones (exigiendo el respeto incondicionado de las decisiones de los pacientes competentes) pero no siempre en el nivel de los actos concretos.

2.4.3. Dos problemas: el suicidio asistido y los tratamientos inútiles

En relación con el paternalismo Tom L. Beauchamp y James F. Childress le dedican una especial consideración a dos problemas concretos: la justificación de los límites al suicidio asistido y el denominado “paternalismo pasivo”.

Nuestros autores constatan que el Estado, la religión y las instituciones sanitarias tradicionalmente han considerado legítimo intervenir en el tema de los suicidios⁹⁸. La mayoría de esas intervenciones orientadas a impedir suicidios se han llevado a cabo, a su juicio, por razones paternalistas⁹⁹. La pregunta es si los individuos tienen un derecho

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Éste sería el caso, por ejemplo, del Código penal español (aprobado por la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*) que en su artículo 143 dispone lo siguiente: “1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, 2. Se impondrá la pena de prisión de 2 a 5 años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona, 3. Será castigado con la pena de prisión de 6 a 10 años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte, 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufiera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

⁹⁹ Tengo serias dudas de que éste sea el caso. A mi juicio, tradicionalmente, la interferencia estatal con el suicidio está más ligada a presupuestos moralistas que estrictamente paternalistas. En el caso de la moral religiosa es obvio que las motivaciones paternalistas no juegan un papel importante. En el caso del Derecho, es difícil entender, por ejemplo, que el fundamento implícito de la prohibición de la eutanasia activa en España es paternalista. En el tipo penal descrito en el artículo 143 del Código penal, la persona que solicita la eutanasia (y que, previsiblemente, no se puede valer por sí misma) o bien sufre una grave enfermedad terminal, o bien sufre o sufrirá graves padecimientos “difíciles de soportar”. El paternalista sincero tendría que justificar que el mal que supone violar la autonomía de los pacientes, imponiéndoles vivir una vida que ya no quieren vivir y que, además, en la mayoría de los casos supone graves padecimientos “difíciles de soportar”, es menor que el bien que se le confiere al paciente con la

moral a decidir por sí mismos sobre la aceptabilidad de suicidarse o a actuar de acuerdo con sus convicciones sin ser interferidos.

Generalmente, cuando una persona intenta el suicidio se le impide, si anuncia su intención de cometerlo se plantea su internamiento o, en general, se le vigila, si es encontrado todavía con vida se intenta su curación (incluso, aun cuando haya una nota de suicida que explica los motivos de su acto), etc. Una forma de justificar estas intervenciones es siguiendo la estrategia de “la intervención temporal” para determinar si la conducta suicida es voluntaria o no. Sin embargo, nuestros autores dudan de que ésta sea una estrategia correcta por dos razones: primera, porque no llevar más allá los esfuerzos para evitar el suicidio de los otros comunica a los potenciales suicidas “una falta de preocupación comunitaria y disminuye nuestro sentido de la responsabilidad comunitaria” y, segunda, “muchas personas que cometen suicidio son enfermos mentales, clínicamente deprimidos o desestabilizados por una crisis y, en conclusión, no actúan autónomamente”¹⁰⁰.

Ahondando en esta última tesis, encontramos las siguientes aseveraciones: “muchos suicidas están acosados por la ambivalencia: simplemente desean reducir o interrumpir su ansiedad, o están bajo la influencia de drogas, alcohol o presión intensa”¹⁰¹; “numerosos especialistas de la salud mental creen que los suicidios son casi siempre el resultado de unas actitudes o enfermedades inadaptadas, que requieren atención terapéutica y ayuda social”¹⁰²; “en una circunstancia típica, el suicida potencial planea cómo terminar con su vida mientras simultáneamente alberga fantasías sobre cómo se producirá el rescate, no sólo de la muerte, sino también de las circunstancias negativas que provocan el suicidio”¹⁰³, etc.

interferencia paternalista, esto es, la vida. Me parece difícil proponer este balance sin conferir a la vida algún valor añadido dependiente de creencias religiosas o metafísicas.

¹⁰⁰ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 189.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

Además, habría otros argumentos conectados con las repercusiones públicas de permitir el suicidio asistido por médicos o desalentar la intervención con los suicidas: por ejemplo, podrían favorecerse suicidios de personas que no son sustancialmente autónomas o, también, podrían favorecerse actitudes insensibles de los profesionales sanitarios, sobre todo en contextos en los que se busca reducir costes de la asistencia sanitaria, etc. Nuestros autores consideran, en general, que el argumento de la pendiente resbaladiza en relación con la legalización de los acuerdos de suicidio asistido es pertinente y de peso (aunque no esté exento de problemas).

Sin embargo, Tom L. Beauchamp y James F. Childress reconocen que “hay ocasiones en la atención sanitaria (y en otros contextos) en las que es apropiado hacerse a un lado y permitir el suicidio, e incluso asistir al suicidio de una persona, así como hay casos en los cuales es adecuado intervenir”¹⁰⁴. De ahí que propongan distinguir entre “justificar un acto” y “justificar una práctica o política que permite o incluso legitima la realización de ese acto”¹⁰⁵. Nuestros autores asumen, por tanto, la justificación del suicidio asistido en algunos casos en el nivel del acto, pero tienen serias dudas de que lo mismo pueda decirse en el nivel de las políticas. Reconocen, asimismo, que hay un conflicto entre estos dos puntos de vista, pero simplemente afirman “que ambos puntos de vista pueden ser reconciliados, esto es, llevados a un equilibrio reflexivo”¹⁰⁶.

En cuanto a la denegación de peticiones de tratamiento porque no proporcionarían beneficio alguno, nuestros autores llaman la atención sobre la importancia que tiene el que denominan “paternalismo pasivo”, es decir, “la negativa de un profesional a llevar a cabo las preferencias positivas de un paciente por razones paternalistas”¹⁰⁷. Este tipo de paternalismo les parece más fácil de justificar porque “los médicos generalmente no tienen la obligación moral de satisfacer los deseos de los pacientes cuando son incompatibles con patrones aceptables de la práctica médica o van contra la conciencia

¹⁰⁴ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 191.

¹⁰⁵ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 144.

¹⁰⁶ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 152.

¹⁰⁷ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 191.

del médico”¹⁰⁸. La negativa a recetar antibióticos para un catarro o el laetrile¹⁰⁹ para el cáncer serían casos -cuando se hacen por razones paternalistas- de paternalismo pasivo.

Este paternalismo pasivo ha estado en el centro de la importante polémica en torno a lo que podría llamarse la “inutilidad médica” (*medical futility*). No prolongar las técnicas de soporte vital, por ejemplo, cuando ya no representan ningún beneficio para el paciente, parece claramente justificado; la cuestión es saber si en relación con la “inutilidad” sólo son pertinentes consideraciones de ahorro de costes o también tienen importancia las consideraciones paternalistas.

Para empezar, nuestros autores sostienen que las apelaciones a la inutilidad se presentan como objetivas y libres de valoraciones, “cuando de hecho son subjetivas y cargadas de valor”¹¹⁰. En primer lugar, hay que advertir que “las apelaciones a la inutilidad implican la predicción y la evaluación de los resultados, que usualmente son más probables que seguros”¹¹¹. En segundo lugar, conviene especificar los objetivos para los que el tratamiento es inútil. Puede que los objetivos del médico y los del paciente no coincidan y que el tratamiento no sea inútil en relación con estos últimos: por ejemplo, una reanimación cardiopulmonar que proporcionará al paciente tan sólo la oportunidad de despedirse de sus familiares. En tercer y último lugar, “algunas acciones, tales como proporcionar nutrición e hidratación artificiales, pueden tener un significado simbólico al expresar los compromisos del cuidado, aunque no se logre ningún otro beneficio médico para los pacientes”¹¹². Por todo ello, el concepto de inutilidad, concluyen nuestros autores, confunde en la mayoría de las ocasiones más que ayuda y enmascara el verdadero debate (sobre los objetivos que pueden perseguirse).

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ El “Laetrile” (también llamado vitamina B-17) es un derivado de la semilla del albaricoque usado contra el cáncer por miles de estadounidenses, cuya efectividad no ha sido científicamente comprobada. La F.D.A. (*Food and Drug Administration*) no otorgó licencia para su uso, a pesar de lo cual, y teniendo en cuenta las protestas de consumidores y vendedores, numerosos Estados legalizaron el producto.

¹¹⁰ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 192.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 193.

Lo anterior no significa, en opinión de Tom L. Beauchamp y James F. Childress, que siempre se deba presentar a los pacientes y a sus allegados información sobre opciones no beneficiosas. En este contexto habría oportunidades para un paternalismo justificado: por ejemplo, cuando un procedimiento de reanimación cardiopulmonar no producirá ningún beneficio médico al paciente, sería poner a la familia en una difícil posición emocional informarles primero de esta alternativa y tratar de convencerles después de que no producirá ningún beneficio.

2.5. Consideraciones críticas

En mi opinión, el enfoque de los principios de Tom L. Beauchamp y James F. Childress es una interesante propuesta para enfrentar los problemas del paternalismo en la bioética. A mi juicio, este enfoque presenta una serie de rasgos positivos que merecen destacarse: En primer lugar, la perspectiva general de la teoría es moderadamente pragmatista: toman como punto de partida de la argumentación moral unos principios que suelen ser aceptados por la mayoría, de manera que se pone el acento en el consenso sobre el contenido de los principios morales y no en el disenso en torno a su fundamentación. En segundo lugar, existe un equilibrio entre la concreción de la casuística y la generalidad de los principios, que lleva a centrar la atención en la cuestión del método de resolución de problemas morales concretos a partir de principios muy genéricos. En tercer lugar, a lo largo del trabajo de Tom L. Beauchamp y James F. Childress se muestra una concepción no formalista del Derecho que les permite reconocer una unidad de fondo entre el razonamiento jurídico y el moral. De ahí que, con frecuencia, recurran estos autores a las argumentaciones de los tribunales como un modelo de discurso práctico sobre problemas morales concretos (por ejemplo, sobre la validez del consentimiento, la aplicación del estándar de la “calidad de vida”, etc.). Ello no obsta, para que los autores tengan presente que, en el razonamiento jurídico, otros principios, de carácter institucional, son con frecuencia determinantes en la solución de problemas prácticos. En *Principles of Biomedical Ethics*, las fronteras entre el Derecho, la moral y, por supuesto, las normas deontológicas (que suelen ser consideradas a caballo entre el Derecho y la moral) aparecen atenuadas, destacándose, de un lado, cierta uniformidad mínima material, de contenido, y, de otro lado, cierta unidad metodológica por lo que al trabajo con los principios se refiere.

Ésta última es una idea que ha sido destacada por Manuel Atienza, quien ha hablado de una *conexión metodológica* entre la bioética y el modelo de razonamiento a partir de principios que en los casos difíciles llevan a cabo algunos tribunales de justicia¹¹³. En su opinión, la teoría de la argumentación jurídica podría contribuir a clarificar y precisar algunas de las tesis del enfoque de los principios en bioética. Este mismo autor ha señalado, acertadamente en mi opinión, que los principios propuestos por Tom L. Beauchamp y James F. Childress no son específicos de la bioética: se trataría de los principios últimos de la ética en general. De ahí que más que tratarse de “principios de la ética biomédica”, la obra de estos autores consistiría en los “principios de la ética” puestos en relación con la “práctica biomédica”.

Se le puede dirigir, sin embargo, una crítica general a la obra de estos autores. El punto de partida de todo su trabajo es la noción de *moral común*. En las primeras ediciones de *Principles...*, esta noción aparecía vinculada con el sentido común, el punto de vista no filosófico, etc., y, en definitiva, con la práctica moral realmente existente. La falta de mayores aclaraciones sobre este punto hacía colapsar, a mi juicio, la noción de moral común en la de moral social, de manera que los principios de la bioética quedaban infundamentados (puesto que el mero hecho de su aceptación no reviste fuerza justificativa) y la referencia a la moral común merecía ser considerada un recurso argumentativo para evitar tener que fundamentar los principios básicos. Con la adición, en su última edición, de la idea de que la moral común es el conjunto de normas que las *personas moralmente serias* comparten, se alejan de esta primera objeción, pero se acercan, a mi juicio, a otra: cabría argüir que ahora toda la construcción descansa sobre la idea de lo que “una persona moralmente seria aceptaría”, de manera que la referencia a la moral común quedaría como irrelevante o supondría, a falta de ulteriores argumentos, circularidad (puesto que la moral común sería lo que una persona seria moralmente aceptaría como tal y para saber si una persona es seria moralmente hay que ver si acepta los postulados de la moral común).

La cuestión es aportar, en consecuencia, esos ulteriores argumentos que aclaren la universalidad y la normatividad de la moral común, algo que sólo queda apuntado en *Principles* con las ideas de la moral como “hecho institucional”, de la importancia del

¹¹³ Véase: Atienza, Manuel: “Juridificar la bioética”, en Rodolfo Vázquez (comp.): *Bioética y derecho*, ed. FCE-Itam, México, 1999, p. 69.

“punto de vista moral” y de la importancia de la protección de ciertos bienes. A mi juicio, lo que se estaría defendiendo por nuestros autores es, por un lado, la existencia de ciertos rasgos estructurales del discurso moral (de manera que quien se embarca seriamente en un discurso moral encontraría ciertos límites formales a sus pretensiones) y, por otro lado, algún tipo de fuente de valor universal que, si no me equivoco, se encontraría en torno a la idea de necesidades básicas. La conclusión es que, por lo que respecta a la fundamentación, poco o nada queda de “principialismo” en la obra de Tom L. Beauchamp y James F. Childress y quizás podría decirse que esta interpretación (creo que la mejor interpretación) de su teoría la incluiría en la influyente y bien conocida corriente del denominado “constructivismo ético”¹¹⁴.

Esta objeción general es, no obstante, compatible con los aspectos positivos que he señalado anteriormente. La clave está en distinguir entre, por un lado, la necesidad de partir de juicios fundamentados y, por otro, la no necesidad de hacer explícita una fundamentación completa de nuestros juicios cuando se trata de resolver un concreto problema moral. En contextos puramente especulativos, siempre es racional plantear un nuevo “porqué”; sin embargo, en contextos en los que se ha de decidir un curso de acción y en los que la decisión no se pueden posponer indefinidamente, si hay acuerdo en torno a la plausibilidad de ciertos principios (que nos permitirían resolver el problema) es irrazonable plantear un nuevo “porqué”. De ahí que, constatado un amplio consenso sobre algunos principios básicos, y dado que las cuestiones que se plantean en la bioética son casi siempre perentorias, lo más útil es concentrarse en las cuestiones metodológicas sobre cómo solucionar problemas concretos a partir de principios muy abstractos. Esto es lo que creo que fundamentalmente han tratado de hacer Tom L. Beauchamp y James F. Childress.

En cuanto a las críticas más específicas, criticaré, en primer lugar, la falta de distinción, en la definición de paternalismo, entre el *acto* paternalista y la *justificación* paternalista de un acto; cuestionaré, en segundo lugar, algunos aspectos del método de “especificación y ponderación”; y, en tercer lugar, defenderé, contra la opinión de nuestros autores, que una condición necesaria de la justificación del paternalismo fuerte es que el acto paternalista constituya una interferencia *trivial* en la autonomía.

¹¹⁴ Véase: Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos, cit.*, pp. 92-125.

2.5.1. Sobre el concepto de paternalismo

La definición propuesta por nuestros autores se basa en la idea de “pasar por alto” o “no tomar en cuenta” (*overriding*) las preferencias del paciente. Estoy bastante de acuerdo con esta aproximación conceptual, aunque quizás hubiera sido más claro precisar que lo que el agente paternalista hace (o cree hacer) es *oponerse* a las preferencias del paciente. Igualmente, convendría precisar que las preferencias que no son tomadas en cuenta o que son contradichas son aquellas que tiene el paciente en el momento de la intervención.

La definición no me parece aceptable, sin embargo, porque introduce innecesariamente la idea de “justificación”: la definición no exige que el agente paternalista actúe con la *intención* de beneficiar a la persona afectada, sino que *justifique* su acción por el bien de la persona afectada. Podría ocurrir que una persona “no tome en cuenta” las preferencias de otra porque, por ejemplo, desea menospreciarla frente a los demás y que, sin embargo, para evitar aparecer como una persona malvada, *justifique* su acción por razones paternalistas. Su acción no sería paternalista, porque eso depende en mi opinión de la intención, aunque sí lo sería la justificación alegada de la misma.

2.5.2. Sobre la justificación del paternalismo

2.5.2.1. Imprecisiones en la descripción del método

A) Sobre la distinción entre “especificar” y “ponderar”

Como hemos visto, el método para resolver problemas morales concretos a partir de principios consiste, según nuestros autores, en *especificar* y *ponderar* buscando un equilibrio reflexivo entre los principios y las soluciones concretas. Aunque, a lo largo de las diversas ediciones de su obra, han enriquecido notablemente la descripción de este método, todavía no han conseguido, en mi opinión, una presentación clara del mismo.

En primer lugar, tengo ciertas dudas de que los métodos de especificación y ponderación puedan coexistir de la manera que pretenden nuestros autores. Cada uno de

estos métodos tiene como punto de partida un presupuesto diferente e incompatible. El método de la ponderación presupone la existencia de principios *prima facie* aplicables¹¹⁵, mientras que el método de la especificación presupone principios *absolutos*, en el sentido de no derrotables¹¹⁶. Una idea básica de los principios *prima facie* es que, en tanto no se produce una colisión con otro principio *prima facie* de la misma importancia, obligan realmente (y, por tanto, la obligación está determinada en el propio principio). De esta manera, la teoría de los principios *prima facie* trata de respetar la intuición moral común de que los principios últimos tienen un carácter inderrotable. Por su parte, el modelo de la especificación ya parte de la afirmación del carácter no derrotable de los principios, pero debe explicar el hecho de que “aparentemente” en circunstancias concretas algunos principios son desplazados por otros principios. Este conflicto de principios sería, como explica Joel Feinberg, igual al conflicto hipotético entre una fuerza irresistible y un objeto inamovible¹¹⁷. Para deshacer la paradoja, el especificacionista entiende los principios como la abreviatura de un racimo de obligaciones más específicas. Ante un “aparente” conflicto moral, el método de la especificación consiste en ir desplegando el contenido del principio hasta que alcance el grado de especificidad en el que el conflicto aparente se disuelve.

Las dificultades que señalo, se ven acrecentadas, a mi juicio, porque nuestros autores manejan inadvertidamente dos sentidos diferentes de “especificación”. Un primer sentido sería el ya explicado de especificación como un método diferente al de la ponderación y que sería, por ejemplo, lo que Judith J. Thomson ha denominado método de la plena especificación objetiva (*method of full factual specification*)¹¹⁸. La mayoría de las características que se predicen en *Principles* sobre la especificación se refieren a este método. Pero, en otras ocasiones, se refieren a la especificación en el sentido obvio en

¹¹⁵ La obra de William K. Frankena y David Ross constituirían los ejemplos más sobresalientes de este método. Nuestros autores reconocen que ambos son los autores que más directa e intensamente han influido en su propia doctrina. Véase: Frankena, William K.: “Natural and Inalienable Rights”, en *Philosophical Review*, 64 (1955); Frankena, William K.: *Ethics*, ed. Prentice-Hall, New Jersey, 1973; Frankena, William K.: *Thinking about Morality*, ed. University of Michigan Press, Ann Arbor, 1980; y Ross, David: *The Right and the Good*, *cit.*

¹¹⁶ Véase: Thomson, Judith J.: “Self-defense and Rights”, *The Lindley Lecture*, University of Kansas, 1976.

¹¹⁷ Véase: Feinberg, Joel: “Eutanasia voluntaria y derecho inalienable a la vida”, en *Anuario de Derechos Humanos*, *cit.* (especialmente, pp. 65-71).

¹¹⁸ Véase: Thomson, Judith J.: “Self-defense and Rights”, *cit.*

que una ponderación da como resultado una norma más específica. Este último sería, por ejemplo, el sentido de especificación que maneja Henry S. Richardson¹¹⁹ y al que nuestros autores han dedicado mucha atención. La única diferencia, a mi juicio, entre la “especificación” de Henry S. Richardson y la “ponderación” de Tom L. Beauchamp y James F. Childress consistiría en que la “especificación” se refiere al resultado del proceso de ponderación (a la obtención de una norma que es más específica que la norma que sirve de punto de partida), mientras que la idea de ponderación pone el énfasis en el proceso mismo (en el balance entre principios).

Cabría aclarar este punto señalando que “especificación” es, en sentido genérico, todo proceso por el que a partir de un principio se obtiene una norma más específica. Sin embargo, esta especificación genérica se puede obtener por medio de la ponderación o por medio del método de la especificación en sentido estricto¹²⁰.

B) Sobre la distinción entre “principios” y “reglas”

En segundo lugar, relacionado con lo anterior, se echa de menos en la obra de nuestros autores una mayor concreción sobre la distinción entre principios y reglas y cabría plantearse la necesidad de distinguir (al igual que hacen con las reglas) entre diversos tipos de principios.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han presentado una teoría sobre los principios y las reglas jurídicas que sería interesante aplicar a la distinción entre principios y reglas de la bioética. De acuerdo con estos autores, ambos estándares normativos, principios y reglas, “pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de

¹¹⁹ Véase: Henry S. Richardson: “Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems”, *cit.*

¹²⁰ Quizás convendría distinguir un tercer sentido de “especificación”, que se basa en convenciones lingüísticas no en valoraciones morales para determinar el contenido de una norma moral. De ahí que esta especificación sea un pseudo-método de resolución de problemas morales. Un ejemplo puede ayudar a comprender esto: A la pregunta de si debemos respetar las decisiones de un paciente competente aún cuando sean gravemente dañinas para él mismo, cabe contestar que sí debemos respetarlas porque la norma que obliga a respetar las decisiones de los pacientes debe entenderse como que obliga a respetar siempre las decisiones de los pacientes competentes, dado que “ser competente” es “la cualidad de los pacientes cuyas decisiones deben ser siempre respetadas”. Igualmente, cuando se cuestiona si una persona tiene derecho a la vida aun cuando no haya nacido, cabría contestar que sí puesto que todas las personas tienen derecho a la vida, presupuesto que el concepto de persona sirve para delimitar los titulares de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida.

correlación caso/solución”¹²¹, pero “la diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada”¹²². La indeterminación característica de los principios –explican estos autores- reside en “la configuración abierta de las condiciones de aplicación, pero no en la descripción de la conducta”¹²³. Esto por lo que se refiere a lo que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero denominan “principios en sentido estricto”. Otro tipo de principios serían las directrices, que ordenan “la consecución de un objetivo, de un estado de cosas”¹²⁴, donde tanto las condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito quedan indeterminados. Por contraposición, las reglas se caracterizan por configurar de forma cerrada sus condiciones de aplicación, de manera que cuando se constata que se han producido las circunstancias que configuran el antecedente de la regla, entonces debe llevarse a cabo el consecuente.

Esta distinción entre principios y reglas se solapa en la noción de un principio absoluto, es decir, de una norma que no determina sus condiciones de aplicación porque en cualesquiera circunstancias, sin excepción, debe llevarse a cabo lo prescrito en la norma. Los principios a los que se refieren Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero no son absolutos puesto que todos incorporarían una cláusula “a menos que”, es decir, una cláusula según la cual debe hacerse lo prescrito en el principio a menos que “en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso”¹²⁵.

Volviendo al enfoque de los principios en la bioética, es plausible sostener que los principios de autonomía, no maleficencia y justicia operarían como principios en sentido estricto, mientras que el principio de beneficencia operaría como una directriz, de

¹²¹ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho (Teoría de los enunciados jurídicos)*, cit, p. 7.

¹²² Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho (Teoría de los enunciados jurídicos)*, cit, p. 9.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho (Teoría de los enunciados jurídicos)*, cit, p. 10.

¹²⁵ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho (Teoría de los enunciados jurídicos)*, cit, p. 9.

acuerdo con la taxonomía de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. La beneficencia, como señalan los propios Tom L. Beauchamp y James F. Childress, “proporciona el objetivo primario y fundamento de la medicina y la asistencia sanitaria, mientras que el respeto por la autonomía (junto con la no maleficencia y la justicia) establecen los límites morales de las acciones de los profesionales que persiguen ese objetivo”¹²⁶.

C) Sobre la definición del método de la “ponderación”

Igualmente, hubiera sido deseable una definición más precisa de la ponderación, la cual aparece en *Principles* tan sólo caracterizada por contraposición a la especificación y, como hemos visto, con cierta oscuridad.

En opinión de Manuel Atienza, el razonamiento justificativo de los jueces, orientado a proponer una regla que soluciona un caso particular, mostraría tres formas básicas: el razonamiento clasificatorio o subsuntivo, el razonamiento finalista y la ponderación. Este razonamiento justificativo judicial puede ser tomado como modelo del razonamiento justificativo sobre un problema de la bioética¹²⁷. El razonamiento clasificatorio o subsuntivo se correspondería con la operación que Tom L. Beauchamp y James F. Childress denominan “aplicación”. Un presupuesto de este tipo de razonamiento es la existencia de una norma en la que los hechos del caso puedan ser subsumidos, es decir, una “regla de acción que establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación (un caso genérico) entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción”¹²⁸. La existencia de reglas de este tipo simplifica mucho los problemas prácticos, reduce la discrecionalidad de los decisores y proporciona seguridad. El razonamiento finalista, por su parte, ya no tiene ese carácter clasificatorio o subsuntivo que supone la aplicación de reglas de acción, se basa en un tipo de norma distinta, la regla de fin, que señala que si se cumplen ciertas condiciones, entonces cierto fin X debe de alcanzarse (por ejemplo, en un caso de divorcio, a la hora de asignar la custodia de los hijos a uno de los padres, el juez debe satisfacer en la mayor

¹²⁶ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 177.

¹²⁷ Los propios Tom L. Beauchamp y James F. Childress ilustran el significado de la “justificación” en ética con la idea de justificación en el Derecho. Véase: Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 385.

¹²⁸ Véase: Atienza, Manuel: *El derecho como argumentación*, en prensa.

medida posible el interés del menor). La aplicación de las reglas de fin, señala Manuel Atienza, es menos predecible que la aplicación de reglas de acción, por lo que hay una mayor apertura a la discrecionalidad.

Ahora bien, en los casos difíciles (cuando no hay una regla aplicable o cuando sí la hay, pero ésta es incompatible con los valores o principios del sistema) no es posible recurrir a estos dos esquemas argumentativos porque no hay regla disponible que directamente solucione el caso. En estos casos, los jueces aplican, explica Manuel Atienza, no sólo reglas sino también principios. La aplicación de principios, según este autor, se caracteriza porque no se realiza de manera directa, ya que los principios proporcionan razones *prima facie*. La operación de aplicación de principios tendría dos fases: primera, convertir el principio (o los principios) en una regla, que sería la ponderación en sentido estricto¹²⁹ y, segunda, aplicar la regla de acuerdo con alguno de los otros dos modelos mencionados, el subsuntivo o el finalista. Nuestro autor distingue, además, dos tipos de ponderación, correspondientes a los dos tipos de principios: principios en sentido estricto (que son normas de acción) y directrices (que son normas de fin)¹³⁰. Centrándonos en el primer tipo de ponderación, Manuel Atienza describe el proceso en varios pasos:

¹²⁹ Por tanto, la ponderación conlleva necesariamente la universalización de la solución al caso, que se concreta en una regla. De manera, que sería totalmente inaceptable la pretensión de Tom L. Beauchamp y James F. Childress de que “los casos son con frecuencia únicos o tan excepcionales que es peligroso generalizar una conclusión” (Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 19).

¹³⁰ Mi sospecha es que algunos de los ejemplos que han convencido a nuestros autores de la compatibilidad entre la especificación en sentido estricto y la ponderación son, en realidad, ejemplos de una ponderación de directrices. Dado que las directrices, como acabamos de ver, son normas de fin, que establecen de forma abierta que un determinado estado de cosas debe ser alcanzado en la mayor medida posible, esta ponderación sí que desemboca en una concreción de nuestras obligaciones morales por medio de especificar el contenido de las normas. Es importante advertir que el resultado típico de la ponderación de directrices no es, como en la ponderación de principios, un enunciado normativo singular que soluciona el caso, sino la construcción de una regla que debe guiar la acción de, en este caso, los profesionales de la medicina. Un ejemplo de este tipo de ponderación de directrices serían los razonamientos que se desarrollan a partir del principio de utilidad, que nuestros autores consideran una parte del principio de beneficencia. Quizás nuestros autores se refieren a esta ponderación con el término “especificación” cuando señalan que “la ponderación es particularmente útil para el análisis de los casos y la especificación para el desarrollo de líneas de acción” (véase: Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 19). Hay que advertir que en la teoría de los principios de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero expuesta en la primera edición de su obra *Las piezas del derecho (op. cit.)* el conflicto entre principios en sentido estricto y directrices siempre se resuelve a favor de los principios, puesto que estos últimos expresan valores últimos mientras que las directrices expresan valores utilitarios. Robert Alexy discrepa en este punto con estos autores. A juicio del primero, tanto los principios que tienen como objeto derechos individuales como aquellos que tienen por objeto bienes colectivos (directrices en la terminología de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero) son “mandatos de optimización” y si uno de los

“En el primero se constata que, ante una determinada situación (la que se trata de resolver) existen principios, valores, que tiran en direcciones opuestas (por ejemplo, el derecho al honor, a favor de prohibir determinadas manifestaciones, el derecho a la libertad de expresión, a favor de admitirlas) y que necesitan algún tipo de ajuste, pues todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo. En una segunda fase se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias; y se aducen las razones para ello. Y, finalmente se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente. La ponderación tiene, pues, lugar por medio de un proceso de construcción de una taxonomía en la que se van formando casos genéricos y las correspondientes reglas”¹³¹.

Esta descripción de la estructura de la ponderación sirve para aclarar el método de resolución de problemas morales por medio de principios usado por Tom L. Beauchamp y James F. Childress. La ponderación consistiría básicamente en obtener reglas a partir de principios. Como se ha dicho, los principios son normas que tienen condiciones de aplicación abiertas (o, si se quiere, normas sin condiciones de aplicación o, en la terminología de George Henry von Wright, normas categóricas)¹³² y las reglas son normas con las condiciones de aplicación cerradas, que establecen en qué circunstancias deben aplicarse. La ponderación, al establecer que en las concretas circunstancias del caso C, el principio P1 prevalece sobre el principio P2, permite construir una regla que tiene como condiciones de aplicación las circunstancias C y como consecuencia normativa la del principio que prevalece P1.

D) Sobre la justificación de la “ponderación”

Finalmente, nuestros autores han avanzado muy poco en la descripción sistemática de la idea de una “ponderación justificada”. Ésta es una tarea fundamental si se quiere

primeros entra en colisión en un caso con uno de los segundos (por ejemplo, una colisión entre el derecho de propiedad y la protección del medio ambiente) hay que ponderar para determinar qué principio pesa más en el caso. Véase: Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.; y Atienza, Manuel: “Entrevista a Robert Alexy”, en *Doxa* 24 (2001), pp. 677-679.

¹³¹ Atienza, Manuel: *El derecho como argumentación*, en prensa.

¹³² Véase: Wright, G. H. von: *Norma y acción. Una investigación lógica*, cit.

dar respuesta a los críticos de la ponderación y, en particular, si se quiere contradecir la idea extendida de que la ponderación se resuelve siempre de forma intuitiva.

De nuevo, en la teoría de la argumentación jurídica se han dado importantes avances sobre cómo justificar la ponderación. El paso crucial en la justificación de la ponderación es el establecimiento de la relación de precedencia entre principios. Robert Alexy explica que la justificación de una ponderación depende de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación¹³³. De acuerdo con la ley de la ponderación, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Esta ley se concretaría a través de las tres siguientes variables en la fórmula del peso: primera, el grado de afectación de los principios en el caso concreto (Robert Alexy propone que se le atribuya el valor 1 si la afectación es leve, 2 si es media y 4 si es intensa); segunda, el peso abstracto de los principios relevantes de acuerdo con la concepción de valores predominante en la sociedad (con los mismos valores propuestos de 1, 2 y 4) y, tercera, la seguridad de las apreciaciones empíricas que se refieren a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes (que, de acuerdo con Robert Alexy, podrían calificarse de seguras, con el valor de 1, plausibles, con el valor de $\frac{1}{2}$ y no evidentemente falsas con el valor de $\frac{1}{4}$). El peso de un principio P1 en relación con otro P2 resultaría, de acuerdo con esta fórmula, del cociente entre el producto de esas tres variables referidas a P1 por el producto del cociente de las variables referidas a P2. Aún cuando, como señala Manuel Atienza, las matemáticas aquí tienen un limitado carácter metafórico, esta propuesta de Robert Alexy precisa los elementos (o variables) que deben considerarse al establecer la relación de precedencia entre un principio y otro, y contribuye a la racionalización de la ponderación.

2.5.2.2. La arrogancia médica: públicamente prohibido, privadamente permitido

Las deficiencias metodológicas que se han señalado más arriba conducen a nuestros autores a conclusiones inaceptables sobre la justificación del paternalismo fuerte. Como hemos visto, se sostienen tres tesis implicadas entre sí: 1) la noción de

¹³³ Véase: Alexy, Robert: “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66 (2002), pp. 13-64.

competencia sirve para diferenciar en el ámbito de las políticas los pacientes cuyas decisiones deben ser respetadas de aquellos cuyas decisiones pueden no ser respetadas por razones paternalistas; 2) el resultado de la ponderación no tiene por qué ser siempre una especificación de una regla, porque hay casos tan particulares que no se puede generalizar una conclusión a partir de ellos; y 3) sólo hay actos de paternalismo fuerte justificados, pero no puede haber políticas o regulaciones paternalistas fuertes (incluyendo aquí los supuestos de suicidio asistido).

Estas tres tesis implican, a mi juicio, la negación de la condición de publicidad que es un presupuesto ineludible de la justificación moral y que está íntimamente conectado con el requisito de la universalización de las decisiones morales. Reflejan una actitud médica, que podemos calificar de “arrogante”, que está muy extendida y que, por ejemplo, en relación con la eutanasia lleva a los médicos a defender, por un lado, la prohibición pública de la mismas y, por otro lado, a reconocer que la practican y que lo hacen de forma justificada.

Creo que, en relación con el paternalismo, tal y como sostenía Joel Feinberg, sólo caben dos estrategias razonables: una, de acuerdo con la cual, el principio de autonomía prohíbe de forma *absoluta* interferir con las decisiones autónomas de los sujetos y, otra, de acuerdo con la cual el principio de autonomía establece la obligación *prima facie* de respetar las decisiones privadas de los individuos, obligación que puede ser superada en algunos casos por el principio de beneficencia. La plausibilidad de la primera estrategia se fortalece, a mi juicio, aceptando una concepción de la competencia o de la decisión voluntaria del tipo de la escala móvil defendida por Allen Buchanan, Dan Brock o el mismo Joel Feinberg: al elevar el estándar de la competencia o de la voluntariedad de acuerdo con los riesgos implicados en la decisión, evitamos resultados indeseados que se producirían en casos concretos de la aplicación incondicionada del principio de autonomía. La segunda estrategia es plausible aun manejando una noción de competencia que no toma en cuenta los riesgos implicados en la acción o decisión, pero tiene, necesariamente, que operar con la noción de diversos grados de afectación de la autonomía (como señalaba Joel Feinberg, debe operar con la noción de interferencia *trivial* con la autonomía)

De ahí que no esté de acuerdo con las condiciones que, según nuestros autores, debe cumplir un acto de paternalismo fuerte para estar justificado. Como hemos visto, señalan cuatro condiciones: 1) existencia de un riesgo de daño grave, 2) idoneidad de la medida paternalista, 3) que los beneficios de la medida superan a los riesgos para el paciente y 4) adoptar la alternativa menos restrictiva para la autonomía. A estas condiciones, se sienten tentados de añadir, pero finalmente no lo hacen, una quinta: que la “acción paternalista no restrinja sustancialmente la autonomía”. Pues bien, a mi juicio, esta condición sí que debería ser mantenida.

La razón fundamental para mantener esta condición relativa a la afectación del principio de autonomía es que sin ella les falta el paso que, quizás, es más importante en la ponderación, es decir, siguiendo a Robert Alexy, la determinación de la *proporcionalidad en sentido estricto*. Nuestros autores consideran sólo uno de los pasos de este juicio de proporcionalidad (la importancia que tiene la satisfacción, en este caso, del principio de beneficencia), pero olvidan determinar el grado de no satisfacción del principio de autonomía y, también, llevar a cabo el juicio de si “la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”¹³⁴. La condición 4 no es suficiente para satisfacer las condiciones de una ponderación justificada, puesto que ésta (que sería equivalente a lo que Robert Alexy denomina juicio de necesidad) tan sólo nos obliga a que entre “dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado”¹³⁵. La cuestión que subsiste es si, una vez escogida esa alternativa menos restrictiva con la autonomía, la importancia de evitar daños al paciente en el caso en cuestión justifica el grado de no satisfacción del principio de autonomía que implica optar por esa alternativa.

Todos los ejemplos que nos proponen de interferencias paternalistas *fuertes* cumplirían esta “condición de la trivialidad” o de la “intervención leve”, salvo el caso difícil del paciente que se auto-mutila *por motivos religiosos*. Sin embargo, a mi juicio, éste es un caso en el que la balanza se inclina a favor de la benevolencia (justificando el paternalismo) por la falta de seguridad en las apreciaciones empíricas sobre cómo afecta

¹³⁴ Alexy, Robert: “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., p. 32.

¹³⁵ Alexy, Robert: “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., p. 28.

la medida paternalista a la autonomía del sujeto (¿son esas creencias religiosas realmente tuyas o son resultado de algún trastorno mental?), junto con la gran seguridad de cómo afectará al bienestar del sujeto inclinar la balanza a favor de la autonomía. Es decir, de las tres variables de la fórmula del peso defendida por Robert Alexy, la decisiva es la tercera, la que hace referencia a la seguridad en las apreciaciones empíricas. El hecho de que sea esta variable la decisiva apunta a que es un dudoso caso de “paternalismo fuerte”. En un caso así, aunque el paciente haya superado las pruebas habituales para juzgar si está sano mentalmente y, en general, si es competente, existe la fuerte sospecha, basada también en los conocimientos de la psiquiatría, de que el problema está en los instrumentos de control (que no están lo suficientemente afinados como para detectar inusuales enfermedades mentales). De ahí que, en conclusión, creo que se puede seguir sosteniendo que no hay casos de paternalismo fuerte justificados en los que la interferencia con la autonomía individual sea más que trivial.

3. El concepto y la justificación del paternalismo en Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner Clouser

3.1. Introducción

Bernard Gert y Charles M. Culver son, quizás, los autores contemporáneos que más importancia han otorgado a la idea de paternalismo en el ámbito de la filosofía moral y, en particular, en el de la bioética. En 1976, ambos publicaron un artículo denominado “*Paternalistic Behavior*”¹³⁶, que se centraba en la controvertida cuestión de la definición correcta de paternalismo. Para ello, tomaban como punto de partida la definición de Gerald Dworkin, a la que critican por ser demasiado estrecha para cubrir los casos de paternalismo médico. Unos años más tarde, en 1979, retomaron el tema en “*The Justification of Paternalism*”¹³⁷. En este artículo los autores sostienen que en la discusión sobre la justificación del paternalismo son esenciales una clara descripción del comportamiento paternalista y una teoría general sobre la justificación moral¹³⁸. En 1982,

¹³⁶ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, *Philosophy & Public Affairs* 6(1976), vol 1, pp. 45-57.

¹³⁷ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “The Justification of Paternalism”, *Ethics* 89(1979), pp. 199-210.

¹³⁸ La teoría moral que les sirve de base es la elaborada por Bernard Gert en su obra *The Moral Rules*, ed Harper & Row, Nueva York, 1970. Bernard Gert ha publicado diversas revisiones de este trabajo inicial:

publican el libro *Philosophy in Medicine*¹³⁹ que, en palabras de los propios autores, es “un libro destinado a demostrar el valor de la filosofía para la medicina”¹⁴⁰. Para los autores el comportamiento paternalista es “omnipresente en la práctica médica”¹⁴¹ y su justificación constituye uno de los problemas morales fundamentales de la misma. Por último, en *Bioethics: A Return to Fundamentals*, publicado en 1997, Bernard Gert y Charles M. Culver, con la participación además de K. Danner Clouser, llevan a cabo un revisión de *Philosophy in Medicine*, transcurridos quince años desde su primera publicación¹⁴². En este trabajo, se insiste en la relevancia teórica que merece el problema del paternalismo, puesto que, a juicio de los autores, la capacidad para distinguir entre casos de paternalismo justificado y no justificado constituiría un test de plausibilidad de las diversas concepciones de la moralidad: “esto es lo que hace a la discusión sobre la justificación del paternalismo –dicen los autores– tan importante filosóficamente”¹⁴³. Además, en esta última obra se adopta una postura fuertemente crítica con la concepción dominante en bioética, que los autores denominan “principialismo”, cuya versión estándar sería la expuesta por Tom L. Beauchamp y James F. Childress en las primeras ediciones de *Principles of Biomedical Ethics* (de ahí que el subtítulo del trabajo del 97

véase, Gert, Bernard: *Morality. A New Justification of the Moral Rules*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1988; y Gert, Bernard: *Morality: its Nature and Justification*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1998.

¹³⁹ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1982.

¹⁴⁰ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, cit., p. vii. En esta obra, los capítulos séptimo, *Comportamiento paternalista*, octavo, *La justificación del paternalismo* y noveno, *La moralidad de la hospitalización involuntaria*, están unidos por la idea de paternalismo y constituyen la parte de aplicación tanto de los análisis conceptuales precedentes como de la teoría moral de Bernard Gert. Los capítulos séptimo y octavo son una ampliación y revisión de los artículos del mismo título ya mencionados. El capítulo noveno se presenta como una aplicación especial del problema de cuándo el comportamiento paternalista está justificado. A juicio de nuestros autores, el ejemplo de la justificación de la hospitalización involuntaria muestra que una vez que se ha aclarado la naturaleza del paternalismo y sus criterios de justificación se clarifican numerosos problemas que de forma superficial se consideran sin relación con el paternalismo.

¹⁴¹ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 126.

¹⁴² En este libro se dedican directamente al paternalismo los capítulos nueve y diez, que tratan el concepto y la justificación respectivamente, e, indirectamente, el capítulo doce, relativo a la eutanasia.

¹⁴³ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., 223. Bernard Gert no sólo ha tomado a la justificación del paternalismo como la aplicación más importante de su teoría en el ámbito de la bioética, sino también, en general, como la mejor prueba de solidez de su teoría moral. Por ello, cuando Bernard Gert introduce en *Morality. A New Justification of the Moral Rules* un último capítulo dedicado a “Aplicaciones del sistema moral”, trata exclusivamente del paternalismo y eutanasia (tema éste último que él considera, además, íntimamente relacionado con el paternalismo). Véase: Gert, Bernard: *Morality. A New Justification of the Moral Rules*, cit., pp. 282 y ss.

sea “*A Return to Fundamentals*”, es decir, una vuelta a la necesidad, negada por el principialismo, de abordar los problemas de fundamentación de la moral como paso previo para alcanzar soluciones justificadas a los problemas morales).

3.2. Presupuestos

Para comprender correctamente la teoría del paternalismo de nuestros autores, tanto en lo que se refiere al concepto como a la justificación, es indispensable aclarar, previamente, los conceptos de racionalidad y competencia que se manejan.

3.2.1. Racionalidad e irracionalidad

Los autores tratan de aclarar la noción de ‘racionalidad’ de sentido común, esto es, la “comprensión ordinaria de la misma”¹⁴⁴. A su juicio, uno de los aspectos esenciales de esta “comprensión ordinaria” es que calificar a X como “irracional” equivale a expresar una actitud negativa hacia X. Sin embargo, no se constata lo contrario, es decir, que calificar a X como “racional” suponga que aprobamos ese algo: por ejemplo, podemos considerar que una acción es racional pero preferir otras acciones alternativas también racionales o sostener que una acción es racional pero, al mismo tiempo, desaprobársela por ser inmoral. A partir de esta asimetría, los autores tratan el concepto de irracionalidad como más básico y definen, por tanto, a la “racionalidad” en términos de la “irracionalidad”. De acuerdo con esto, podemos distinguir dos tipos de acción racional:

- 1) la que sería irracional no hacer (o creer o desear), y
- 2) la que no sería irracional no hacer (o creer o desear)¹⁴⁵.

A la primera clase de acciones (deseos o creencias) racionales los autores la denominan “racionalidad requerida” y a la segunda “racionalidad permitida”¹⁴⁶. A su juicio, todo lo que no es irracional es racional (requerido o permitido).

¹⁴⁴ Véase: Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine, cit.*, cap. 2 y Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals, cit.*, pp. 26-31.

¹⁴⁵ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine, cit.*, p. 21.

¹⁴⁶ *Ibidem.*

Los autores muestran su desacuerdo con las dos concepciones tradicionales de la racionalidad más importantes. En primer lugar, con la visión, originariamente formulada por David Hume, de la racionalidad como el “sostenimiento de creencias verdaderas”, según la cual una acción que se basa en creencias verdaderas es una acción racional (o, en una versión más sofisticada, que se basa en creencias *fundadas*). Bernard Gert y Charles M. Culver impugnan esta concepción porque se limita al intelecto y no permite considerar como irracionales a los deseos. En su opinión, juzgamos con frecuencia como irracionales acciones que no se basan en creencias falsas: por ejemplo, casos de suicidio o auto-mutilaciones totalmente injustificados. Por supuesto, nos advierten, el defensor de la teoría humeana de la irracionalidad parece encontrar siempre algún defecto intelectual en la acción irracional, pero, según nuestros autores, no es porque haya algún defecto intelectual por lo que se considera irracional a una acción, sino que porque se considera irracional se busca un defecto intelectual en su origen. No obstante, a esta teoría de la racionalidad hay que concederle un acierto: actos que parecen irracionales pueden ser vistos como racionales si la persona que los realiza muestra que no sufre de creencias distorsionadas. Ahora bien, del hecho de que sostener algunas creencias puede convertir algunos actos aparentemente irracionales en racionales, no muestra que todos los actos irracionales deban basarse en falsas creencias¹⁴⁷.

En segundo lugar, está la concepción de la racionalidad imperante en nuestros días, según la cual se trata de maximizar los propios deseos. En su mejor versión, se trataría de maximizar tan sólo los deseos que experimentamos en momentos normales o relajados (*cool*). Nuestros autores objetan esta noción de racionalidad porque no abarca los casos de enfermedad mental. Si un sujeto A quiere auto-mutilarse de una manera particularmente dolorosa; si A no cree que la auto-mutilación vaya a tener efectos benéficos compensatorios sobre él u otras personas; si con el tiempo este deseo es experimentado con una intensidad y continuidad mayor que cualquier otro; entonces, de acuerdo con el punto de vista de la maximización de los deseos, lo racional para A es auto-mutilarse de una manera terriblemente dolorosa. Sin embargo, es claro que la auto-mutilación en estas circunstancias constituiría un paradigma de la acción irracional. Los defensores de esta concepción de la racionalidad podrían sostener que A es un enfermo

¹⁴⁷ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 23.

mental, pero esto sólo mostraría que esta concepción no abarca los casos de los enfermos mentales. La plausibilidad de la concepción de la racionalidad como maximización de los deseos depende, por tanto, de fijar la atención sólo en deseos que se consideran “normales” e ignorar la existencia de deseos gravemente irracionales.

Para Bernard Gert y Charles M. Culver la acción racional muestra aspectos tanto del punto de vista intelectualista como del de la maximización de deseos, pero no se define adecuadamente con ellos: se requiere, además, la mención de algunos deseos irracionales específicos, cuya satisfacción es irracional aun cuando no se den falsas creencias o aun cuando se maximicen los deseos del agente¹⁴⁸. Se trata, por tanto, de dotar de contenido a la idea de irracionalidad.

Comencemos por las acciones: A su juicio, “una acción irracional consiste en dañarse a uno mismo sin una razón adecuada”¹⁴⁹. “Dañarse a uno mismo” significa causarse o no evitar algún mal. “Males” o “daños” son los siguientes estados: “muerte, sufrimiento (físico o psíquico), discapacidad (física, cognitiva o volicional) y la pérdida de libertad, oportunidad o placer”¹⁵⁰. En *Bioethics: A Return to Fundamentals*, todas estas definiciones se integran en una definición de “acción irracional” más compleja: “Actuar irracionalmente –dicen los autores- es actuar de una manera que uno sabe (creencia fundada), o debería saber, que aumentará significativamente la probabilidad de que uno mismo, o aquellos por los que uno se preocupa, mueran o sufran dolor, discapacidad, pérdida de libertad o de placer; y no se tiene una razón adecuada para actuar de esa manera”¹⁵¹.

Una “razón”, en este contexto, es “una creencia que puede hacer racional una acción que de otra manera sería irracional (un acto de auto-dañarse)”¹⁵². Este sentido de “razón”, utilizado por nuestros autores, debe distinguirse del siguiente: “una creencia

¹⁴⁸ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 26.

¹⁴⁹ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., pp. 26 y 27.

¹⁵⁰ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 27.

¹⁵¹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 26.

¹⁵² Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 28.

consciente que explica nuestra acción, ya sea racional o no”. A éste último sentido de “razón”, Bernard Gert y Charles M. Culver lo denominan “motivo” de la acción. Las razones, en el primer sentido, son creencias sobre el futuro y, más en concreto, sobre el hecho de que por medio de la acción en cuestión se ayudará a uno mismo u a otros a evitar algún mal o a obtener algún bien. No todas las acciones que no están basadas en una razón de este tipo son irracionales, sino tan sólo aquellas que consisten en dañarse a uno mismo; de aquí se deriva que uno puede actuar racionalmente sin tener una razón para ello.

Una razón es “adecuada” o no dependiendo del contexto: “es adecuada para hacer racional cierto acto de auto-daño en particular”¹⁵³. Esta “adecuación” depende de contrapesar los males que se sufren con los que se evitan o con los bienes que se quiere obtener (en este balance no sólo entra en juego la intensidad de los males o bienes, sino también su probabilidad). Generalmente, explican nuestros autores, las razones adecuadas hacen que un acto de auto-daño sea racionalmente permitido, pero no alcanzan a hacerlo racionalmente requerido: por ejemplo, dadas ciertas circunstancias (una enfermedad irreversible y muy dolorosa) puede ser racional la eutanasia, pero, al mismo tiempo, puede ser racional decidir afrontar el sufrimiento hasta el final. Además, los actos de auto-daño cuya razón adecuada es el bienestar de otros no son nunca racionalmente requeridos.

Sobre este concepto de ‘adecuación’ hay que constatar un importante cambio entre la posición sostenida en 1982 y la del trabajo de 1997. En *Philosophy in Medicine*, se señala que “para que una razón sea adecuada *personas racionales* tendrían que ordenar los males que yo, o cualquier otro, evito o suprimo por medio de mi acto de auto-daño (o los bienes que probablemente obtendré) como mayores que los males que me causo con este acto”¹⁵⁴ (la cursiva es mía). Sin embargo en *Bioethics...*, los autores indican que “una razón es adecuada si algún *grupo significativo, por lo demás gente racional*, consideran el daño evitado o el beneficio ganado al menos tan importante como el daño sufrido”¹⁵⁵ (la cursiva es mía). Un grupo, añaden, es “por lo demás racional” cuando “casi nunca

¹⁵³ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 30.

¹⁵⁴ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p.31.

¹⁵⁵ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 28.

actúan conscientemente para sufrir un daño sin alguna razón”¹⁵⁶. Finalmente, esta fórmula abstracta se llena de contenido cuando nos explican que “ninguna jerarquización que sea sostenida por algún grupo significativo religioso, nacional o cultural se considera irracional”¹⁵⁷. De aquí que, por ejemplo, la jerarquización llevada a cabo por los testigos de Jehová cuando se niegan a recibir una transfusión que es necesaria para evitar la muerte, a juicio de nuestros autores, no es irracional.

Hay que advertir que las “razones adecuadas” que hacen racional a una acción que de otra manera sería irracional, deben ser racionales. En consecuencia, la noción de “acción irracional” debe ser completada con la de “creencia irracional”. Una creencia irracional se caracteriza, según nuestros autores, por las siguientes notas: “1) es sostenida por alguien con suficiente conocimiento e inteligencia para saber que es falsa, 2) es contraria a una abrumadora prueba disponible para esa persona, y 3) la contradicción con la abrumadora experiencia es obvia para prácticamente cualquiera con un conocimiento e inteligencia similar”¹⁵⁸.

Los *deseos irracionales* son, de acuerdo con nuestros autores, “el deseo de llevar a cabo una acción irracional”, de donde se deriva que el deseo irracional supone el deseo de auto-dañarse y no tener una adecuada razón para ello¹⁵⁹.

Por último, en *Bioethics...*, se introduce el concepto de “acción irrazonable”, que se define como “una acción racionalmente permitida que colisiona con la jerarquización de daños y beneficios de la persona que actúa”¹⁶⁰.

3.2.2. Competencia

¹⁵⁶ *Ibidem.*

¹⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁸ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine, cit.*, p.39.

¹⁵⁹ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine, cit.*, p. 35.

¹⁶⁰ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals, cit.*, p. 29.

En *Philosophy in Medicine*, Bernard Gert y Charles M. Culver parten de la afirmación de que el concepto de competencia siempre es relativo a una tarea o grupo de tareas. Por ello, la expresión “John es (in)competente” está incompleta, puesto que necesitamos que se nos añada para qué es (in)competente John: puede ser incompetente para diseñar una casa, pero competente para arreglar un motor. No obstante, advierten los autores, alguien puede ser incompetente en un sentido más fundamental: “incompetente para hacer alguna actividad que casi cualquier ser humano adulto normal puede llevar a cabo”¹⁶¹.

Aunque la competencia requiere siempre la “capacidad *-ability-* para llevar a cabo cierta tarea”¹⁶², no es sinónimo de capacidad porque, por un lado, no se refiere a capacidades físicas y, por otro, la mera ausencia de capacidades psíquicas o volicionales para cumplimentar una tarea no equivale a incompetencia ya que, como se ha señalado, además es necesario que se presuponga que la persona debería tener esas capacidades (por ello un arquitecto, pero no un físico, puede ser calificado de incompetente para diseñar una casa). En conclusión, los autores definen “incompetencia” de la siguiente manera: “una persona es incompetente para hacer x si es razonable esperar que cualquier persona en su posición, o cualquier ser humano adulto normal, pueda hacer x, y esta persona no puede (y su incapacidad para hacer x no es debida a una incapacidad física)”¹⁶³.

En cuanto a la acción de prestar consentimiento válido, en *Philosophy in Medicine* se distinguen dos niveles de incompetencia: En primer lugar, se hallan aquellos pacientes que ni siquiera son conscientes de lo que ocurre a su alrededor y, por supuesto, son incapaces de contestar a cualquier pregunta que se les haga. En este grupo, se incluyen los bebés, pacientes en coma, retrasados mentales graves, personas seniles y los “incapaces de responder a ninguna cuestión que no esté directamente relacionada con un estímulo presente”¹⁶⁴. Para todos ellos, es evidente que está moralmente justificado,

¹⁶¹ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 53.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 54.

¹⁶⁴ Se trata de individuos capaces de demandar comida o de rechazar experiencias dolorosas, pero incapaces de comprender si se les está demandando consentimiento para una intervención. Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 56.

incluso es moralmente exigible, que otra persona actúe en su nombre guiada por la benevolencia. Este primer nivel de incompetencia es denominado por nuestros autores: “incompetente para prestar (incluso) consentimiento simple”¹⁶⁵.

En segundo lugar, se hallan aquellas personas que son competentes para prestar este *consentimiento simple*, pero son *incompetentes para prestar consentimiento válido*. Las personas situadas en este segundo nivel de incompetencia “comprenden que se les está pidiendo el consentimiento para un tratamiento médico y que pueden aceptarlo o rechazarlo, pero carecen de la capacidad para *comprender* o *apreciar* la información que es necesaria para dar un consentimiento válido” (la cursiva es mía)¹⁶⁶. El ejemplo más claro, explican los autores, de este nivel de incompetencia es el de la persona que se halla en un estado de demencia o delirio leve (quizás no sabe dónde está ni quién le pregunta, pero entiende la pregunta). Otros ejemplos serían los siguientes: un retrasado mental (no grave), un niño pequeño (no un bebé), una persona que sufre algún tipo de alucinación o paranoia, una persona en un estado de ansiedad agudo, etc.

La determinación de la incompetencia de una persona para prestar consentimiento válido o simple es, advierten los autores, una cuestión empírica. Cómo se puede o debe actuar con respecto a esa persona, a partir de la constatación empírica de su incompetencia para prestar consentimiento válido, es un problema diferente de índole normativa. En el contexto de la práctica médica, el comportamiento con las personas que sólo son incompetentes para dar consentimiento válido debe guiarse, a su juicio, por los criterios de justificación del paternalismo.

3.2.3. La concepción de la “moralidad común”

El propósito de nuestros autores es explicar el sistema moral que implícitamente es usado por la gente diariamente¹⁶⁷. A su juicio, existe una moralidad común que se pone

¹⁶⁵ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 57.

¹⁶⁶ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., pp. 57 y 58.

¹⁶⁷ En este apartado me baso en el resumen que de la teoría moral de Bernard Gert se hace en *Bioethics: A Return to Fundamentals*. Para una presentación completa de la misma, véase: *The Moral Rules*, cit.; Gert, Bernard: *Morality. A New Justification of the Moral Rules*, cit.; y Gert, Bernard: *Morality: its Nature and Justification*, cit.

de manifiesto en el amplio consenso que existe sobre la mayoría de los problemas morales: por ejemplo, casi nadie dudaría en condenar moralmente a quien injustificadamente engaña, hace trampas, rompe sus promesas, desobedece al derecho o no cumple sus deberes. La excesiva atención de los filósofos en los problemas morales muy difíciles ha contribuido a oscurecer el hecho de que las cuestiones morales sobre las que hay acuerdo superan con mucho a las cuestiones sobre las que hay desacuerdo. Por otro lado, el reconocimiento de que la moralidad común no es capaz de dar una única respuesta a todos los problemas morales no implica que no se pueda dar cuenta de la moralidad común de una manera comprensiva, sistemática y clara. La moralidad muchas veces proporciona una única respuesta correcta y cuando no lo hace, en asuntos muy controvertidos como la eutanasia, aporta criterios para delimitar un área de soluciones plausibles frente a soluciones inaceptables.

Bernard Gert define la moralidad como “un sistema público que se aplica a todos los agentes morales; todos las personas están sujetas a la moralidad simplemente en virtud de ser personas racionales que son responsables de sus acciones”¹⁶⁸. Que la moralidad es un “sistema público” significa que (1) las personas a las que se aplica (aquellos cuyo comportamiento tiene que ser guiado y juzgado por ese sistema) lo comprenden (saben qué comportamiento está prohibido, es permitido, obligado o alentado por el sistema) y (2) para cualquiera de esas personas no es irracional aceptar ser guiado y juzgado por ese sistema¹⁶⁹.

Para que la moralidad sea pública, es decir, para que toda persona racional sepa cuáles son las exigencias morales, se exige únicamente conocimientos que pueden ser exigibles a todas las personas racionales. Esto excluye los complejos hechos descubiertos por la ciencia moderna y las “verdades” religiosas. Tan sólo las creencias que nuestros autores llaman “racionalmente requeridas” son esenciales para el conocimiento de la moralidad: por ejemplo, las creencias de que somos mortales, de que podemos sufrir dolor, de que podemos ser discapacitados, de que podemos ser privados de nuestra libertad o de placer y de que somos falibles.

¹⁶⁸ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 18.

¹⁶⁹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 17.

Además de ser un sistema público la moralidad es un sistema *informal*, es decir, no dispone de autoridades ni procedimientos que sirvan para determinar la respuesta correcta. El carácter informal de la moralidad permite que algunos problemas morales queden sin una única respuesta correcta (aunque siempre se delimite un área de las respuestas aceptables y otra de las inaceptables). Los desacuerdos morales más importantes se suelen producir por desacuerdos en torno al ámbito de la moralidad (¿debe la moralidad proteger sólo a los agentes morales o también a otros seres tales como los fetos humanos o los animales?) o por desacuerdos sobre cómo evaluar daños, incluyendo la valoración de la probabilidad de daños (¿es peor la muerte que sufrir una dolorosa enfermedad terminal?).

Los elementos que componen el sistema moral son las *normas morales* que prohíben causar mal a otros, el *procedimiento o actitud* que son correctos para determinar cuándo está justificado violar una norma moral, los *ideales morales* que nos animan a evitar o disminuir el sufrimiento de males y la *lista de propiedades moralmente relevantes*¹⁷⁰.

La lista de males que todo ser humano quiere evitar, a menos que tenga una buena razón para no hacerlo, es limitada y se puede conocer. En ella se incluyen cosas tales como la muerte, el dolor, la discapacidad, la pérdida de libertad y la pérdida de placer¹⁷¹. Este núcleo de males constituye el verdadero fundamento de la teoría moral de Bernard Gert: como él mismo indica “los bienes son mucho menos importantes que los males”¹⁷².

En correspondencia con la lista de males, el sistema moral estaría integrado por las siguientes normas morales que prohíben causar directamente los cinco males o daños citados: 1) no matar, 2) no causar dolor, 3) no producir una discapacidad¹⁷³, 4) no privar

¹⁷⁰ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 5. Véase, igualmente: Gert, Bernard: *Morality (A New Justification of the Moral Rules)*, cit., pp. 283 y 285.

¹⁷¹ Gert, Bernard: *Morality (A New Justification of the Moral Rules)*, cit., p. 48.

¹⁷² Gert, Bernard: *Morality (A New Justification of the Moral Rules)*, cit., p. 61.

¹⁷³ Esta norma, en el inglés original “*Do Not Disable*”, ha de entenderse en el sentido de eliminar o reducir alguna de las capacidades que una persona necesita para llevar a cabo algún tipo de acto voluntario. Estas capacidades pueden ser físicas, mentales o volitivas. Violaría esta norma, por ejemplo, cortar las manos

de libertad¹⁷⁴, 5) no privar de placer¹⁷⁵. A las que acompañarían cinco normas más, cuyo incumplimiento en los casos particulares no causa siempre daños, pero que siempre se originan daños cuando no son generalmente respetadas: 6) no engañar (*deceive*)¹⁷⁶, 7) guardar las promesas, 8) no hacer trampas (*cheat*), 9) obedecer el derecho y 10) cumplir con tu deber (*duty*)¹⁷⁷. Aquí el término “deber” se refiere, explican nuestros autores, a lo que exige nuestro rol social, principalmente nuestro trabajo¹⁷⁸.

La *actitud moral* que sirve para determinar cuándo está justificado violar una norma moral consiste en la siguiente asunción: “cada cual debe obedecer siempre la regla excepto cuando una persona racional imparcial pueda sostener que la violación sea públicamente permitida”¹⁷⁹. La cuestión fundamental para determinar el carácter moral de un comportamiento no es si está justificado actuar de esta manera aquí y ahora, sino cuáles serían las consecuencias si la actuación fuera públicamente permitida. La imparcialidad es la primera característica de una excepción justificada a las normas morales, si una determinada violación de normas morales está justificada para una persona, entonces estará justificada para cualquier persona cuando las circunstancias moralmente relevantes sean las mismas. Bernard Gert define a la imparcialidad que

(incapacidad física), lobotomizar (incapacidad mental) o causar una fobia (incapacidad volitiva) a una persona. Véase: Gert, Bernard: *Morality (A New Justification of the Moral Rules)*, cit., pp. 101 y 102.

¹⁷⁴ Esta norma presenta una redacción distinta de la de la primera exposición sistemática de la teoría moral de Bernard Gert, donde se enunciaba como “no privar de libertad u oportunidad”. Esta redacción es la que pasó a *Philosophy in Medicine*, donde al dilucidar el concepto de paternalismo, se ponen diversos ejemplos de acciones paternalistas que consisten en *privar de oportunidad* a un sujeto por su propio bien. El cambio de redacción no supone cambio alguno en cuanto al contenido de la regla prohibitiva, que para el autor sigue siendo exactamente el mismo: “impedir a los otros el ejercicio voluntario de sus capacidades”. Véase: Gert, Bernard: *Morality (A New Justification of the Moral Rules)*, cit. pp. 102 y 103.

¹⁷⁵ Un ejemplo del tipo de acciones que violan esta regla es construir un muro para impedir que alguien pueda disfrutar de la vista de las flores. Véase: Gert, Bernard: *Morality (A New Justification of the Moral Rules)*, cit., p.102. Véase, igualmente: Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., pp. 34 y 35.

¹⁷⁶ En un sentido amplio de engañar, el cual incluye “mentir” (engañar intencionalmente, de acuerdo con los autores) como uno de los modos de engañar, pero no el único. También podría ser una forma de “engañar”, por ejemplo, ocultar información.

¹⁷⁷ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., pp. 34 y 35. Véase, igualmente: Gert, Bernard: *Morality (A New Justification of the Moral Rules)*, cit., p. 125-159.

¹⁷⁸ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 34.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

requiere el agente racional para actuar moralmente de la siguiente manera: “un sujeto A es imparcial con el grupo G en relación con R si y sólo si las acciones de A en relación con R no están influenciadas en absoluto por qué miembros de G se benefician o son dañados por esas acciones”¹⁸⁰. La moralidad requiere de la imparcialidad únicamente cuando se trata de considerar la *violación de normas morales* (R, en la definición)¹⁸¹. La segunda característica de una violación justificada de normas morales sería que tiene que ser racional estar a favor de que a todo el mundo se le permita violar la norma en esas circunstancias¹⁸². Esta segunda característica difiere de la primera porque una persona puede considerar justificado agredir a los demás y admitir que también debe estarlo que los demás le agredan. Esta persona sería imparcial pero ninguna persona racional abogaría por considerar justificado que a todo el mundo se le permita agredir a sus congéneres. Por último, cuando se trata de una violación justificada de normas morales debería ser racional estar a favor de permitir esa violación incluso si todo el mundo *sabe* que esa violación está permitida¹⁸³. Pudiera ser racional, por ejemplo, permitir a un médico mentir a un paciente sobre su diagnóstico, cuando nadie sabe que este tipo de engaño está permitido. Para que este tipo de violación de norma moral esté justificada, debería ser racional defenderla contando con que todo el mundo sabrá que ese tipo de engaño está justificado en esas circunstancias.

Los *ideales morales*, tales como “ayuda al necesitado”, deben distinguirse de las normas morales: las normas morales pueden ser imparcialmente obedecidas las veinticuatro horas al día, mientras que los ideales no pueden obedecerse de la misma manera. Tan sólo el no cumplimiento de una norma moral necesita ser excusado o justificado¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 30. Véase, igualmente, el capítulo quinto de Gert, Bernard: *Morality (A New Justification of the Moral Rules)*, cit.

¹⁸¹ Lo contrario de esta actitud de imparcialidad sería la *arrogancia* de creer que la propia acción de violar una norma moral está justificada, pero que no se puede defender públicamente que cualquiera estaría justificado en actuar de la misma manera en las mismas circunstancias. Véase: Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 43.

¹⁸² Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 36.

¹⁸³ *Ibídem*.

¹⁸⁴ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., pp. 41 y 42.

Finalmente, el último elemento de la moralidad es la *lista de propiedades morales relevantes*. Cuando un sujeto imparcial debe decidir si una determinada violación de una norma moral debería ser públicamente permitida, debe basar la descripción del tipo de violación exclusivamente en propiedades morales relevantes. Estas propiedades forman parte del sistema moral y como éste es público deben poder ser entendidas por todos los agentes morales. Nuestros autores sostienen que las propiedades morales relevantes, al menos las principales, consisten en las respuestas a una serie de diez preguntas:

- 1) “¿Qué normas morales serían violadas?”
- 2) ¿Qué daños serían (a) evitados (no causados), (b) prevenidos y (c) causados? (Por “daños” hay que entender también daños previsibles y tomar en cuenta las probabilidades, así como el tipo y la medida).
- 3) ¿Cuáles son las creencias o deseos relevantes de las personas con respecto a las cuales la norma se viola? (Esto explica por qué los médicos deben proporcionar información adecuada sobre el tratamiento y obtener el consentimiento de los pacientes antes de tratarlos).
- 4) ¿Se tiene una relación con la persona(s) con respecto a la cual la norma está siendo violada tal que, en ocasiones, se tiene el deber de violar normas morales con respecto a esa persona sin su consentimiento? (Esto explica por qué a un padre o un tutor se le puede permitir moralmente tomar una decisión sobre el tratamiento que al equipo médico no se le permite moralmente).
- 5) ¿Qué beneficios serían causados? (Por “beneficios” hay que entender también “beneficios previsibles” y tomar en cuenta las probabilidades, así como el tipo y la medida).
- 6) ¿Se está previniendo una violación, injustificada o débilmente justificada, de una norma moral? (Usualmente no relevante en los contextos médicos, se aplica más al trabajo de la policía y a la seguridad ciudadana).
- 7) ¿Se está castigando la violación de una norma moral? (No relevante en los contextos médicos, se aplica más al sistema jurídico).
- 8) ¿Existen acciones alternativas que serían preferibles?
- 9) ¿La violación se hace intencionalmente o sólo a sabiendas?¹⁸⁵
- 10) ¿Es una imprevisible situación de emergencia?¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Para explicar esta diferencia los autores ponen el siguiente ejemplo: “muchas gente permitiría públicamente a las enfermeras administrar a pacientes terminales morfina suficiente para aliviar su dolor, a pesar de que cualquiera sabe que esto pudiera acelerar la muerte de algunos pacientes. No obstante, incluso cuando no cambia ninguna otra propiedad moralmente relevante en la situación, no permitirían a las enfermeras administrar morfina con la intención de acelerar la muerte de sus pacientes”. A lo que añaden que esta distinción explica lo que parece correcto en la conocida doctrina del “doble efecto”. Véase: Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 49.

¹⁸⁶ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 38.

En definitiva, el método para resolver sobre la justificación de una violación de normas morales consiste básicamente en lo siguiente:

“Si todas las personas racionales, imparciales e informadas estimaran que se sufriría menos daño si este tipo de violación fuera públicamente permitida, entonces todas las personas racionales, imparciales e informadas abogarían porque este tipo de violación se permita públicamente y la violación estaría fuertemente justificada; si todas las personas racionales, imparciales e informadas estimaran que se sufriría más daño, entonces ninguna persona racional e imparcial abogaría porque este tipo de violación se permita públicamente y la violación estaría injustificada. No obstante, personas racionales e imparciales, incluso igualmente informadas, pueden discrepar sobre si se producirá mayor o menor daño al permitir públicamente este tipo de violación. Cuando se da tal clase de desacuerdo, incluso si todas las partes son racionales e imparciales, discreparán sobre si abogar o no para que este tipo de violación sea públicamente permitida y la violación se consideraría débilmente justificada”¹⁸⁷.

3.3. El paternalismo como “la violación de normas morales”

3.3.1. Consideraciones conceptuales

Tanto en su artículo de 1976 (*Paternalistic Behavior*) como en *Philosophy in Medicine*, nuestros autores toman como punto de partida la definición de “paternalismo” como “*interferencias con la libertad de acción*” propuesta por Gerald Dworkin, a la que consideran la “concepción estándar” del paternalismo. Bernard Gert y Charles M. Culver constatan que todos los ejemplos de paternalismo que Gerald Dworkin aporta son de leyes o reglamentos y sugieren que esto puede haberle llevado a confusión, pues “el paternalismo en el Derecho supone, sin duda, interferencias con la libertad de acción la mayoría de las veces, pero esto es debido a la naturaleza del Derecho no a la naturaleza del paternalismo”¹⁸⁸. Además, en opinión de estos autores, Gerald Dworkin vincula incorrectamente las ideas de *interferir con la libertad de acción de una persona* y la de *coaccionar*.

¹⁸⁷ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 40.

¹⁸⁸ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, cit., p. 45; Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, cit., p. 127.

Frente a esta concepción estándar, según la cual el paternalismo consiste siempre en interferencias con la libertad de acción de una persona (y más específicamente de interferencias coactivas), Bernard Gert y Charles M. Culver sostienen que el paternalismo no entraña necesariamente ni coacción, ni interferencias en la libertad de acción, ni siquiera un intento de controlar el comportamiento de alguien.

El paternalismo no entraña un *intento de controlar el comportamiento de la gente*, por ejemplo, cuando un médico lleva a cabo una transfusión de sangre para salvar la vida de un sujeto en estado de inconsciencia que había manifestado su oposición a la transfusión por razones de tipo religioso¹⁸⁹. En *Paternalistic Behavior* y en *Philosophy in Medicine*, los autores argumentan que, dado que la coacción es una subclase de las interferencias en la libertad de acción (*liberty of action*) y éstas una subclase de las técnicas para controlar el comportamiento, si hay casos de paternalismo que ni siquiera se incluyen en este último género, entonces ni la coacción, ni las interferencias en la libertad son características definitorias del paternalismo. Igualmente, hay casos en los que se utiliza el engaño no para influir en el comportamiento sino más bien en los sentimientos: por ejemplo, el médico que engaña a una anciana, en su lecho de muerte, diciéndole que su hijo está bien, cuando sabe, sin embargo, que en realidad acaban de matarlo huyendo de la prisión en la que cumplía condena por terribles crímenes¹⁹⁰. Finalmente, en contextos políticos el paternalismo puede suponer engaños orientados a afectar al cuerpo más que al comportamiento: por ejemplo, introduciendo en secreto flúor en el depósito de agua comunitario para evitar problemas dentales a la población¹⁹¹.

Otros casos sí que pueden ser correctamente descritos como *interferencias en la libertad*: por ejemplo, el internamiento forzoso de un sujeto que muestra tendencias suicidas y un gran estado de turbación mental. Otros merecen, a su juicio, calificarse de

¹⁸⁹ Véase: Gert, Bernard y Charles M. Culver: "Paternalistic Behavior", en *Philosophy & Public Affairs* cit., p. 46; Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 127. En 1997, reconsideran esta postura y afirman que las interferencias con la libertad (*deprivation of freedom*) no se limitan necesariamente a los intentos de controlar el comportamiento. A su juicio, la acción del médico ciertamente no supone un intento de controlar el comportamiento del paciente pero sí que le priva de la libertad (*freedom*) de "controlar lo que toca o entra es su cuerpo"; véase: Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., 210.

¹⁹⁰ Gert, Bernard y Charles M. Culver: "Paternalistic Behavior", en *Philosophy & Public Affairs*, cit., pp. 46 y 47; Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 128.

¹⁹¹ *Ibidem*.

privación de una oportunidad: por ejemplo, el marido que se lleva de casa todos los somníferos para tratar de evitar que su deprimida esposa se suicide con ellos. Finalmente, habría un conjunto de casos de paternalismo cuya mejor descripción parece ser la de *causar la discapacidad de una persona*: por ejemplo, una madre que rompe el brazo de su hijo para evitar que sea reclutado y, como consecuencia de ello, muerto en combate¹⁹². En *Paternalistic Behavior*, los autores describen este caso como un intento de controlar el comportamiento, pero que no se lleva a cabo privando al hijo de su libertad. Sin embargo, en *Philosophy in Medicine*, nada dicen sobre si se trata o no de controlar el comportamiento, tan sólo señalan que no parece que la mejor caracterización de este caso sea la de “privar de libertad” al hijo, “especialmente si él no tenía el deseo de ser reclutado”¹⁹³. Igualmente, dejar fuera de combate con un golpe a un amigo que pretendía atacar a un ladrón armado puede ser paternalista, pero, insisten nuestros autores, es mejor describirlo como “producir una temporal incapacidad” que como “privar de libertad”¹⁹⁴. Dentro de esta última categoría entrarían, además, los casos de producir la *discapacidad de la voluntad*, eliminando en un sujeto la capacidad de desear alguna cosa cuya realización sería dañosa para él.

El rasgo común a todos los anteriores casos es, a juicio de nuestros autores, que suponen hacer algo *que siempre requiere de justificación*. La razón de ello es que “una característica esencial del comportamiento paternalista hacia una persona es la violación de una o más normas morales”¹⁹⁵. En los anteriores ejemplos, se trataría de la violación de las normas morales que prohíben el engaño, la privación de libertad u oportunidad o la producción de estados como la incapacidad. En otros supuestos, el paternalismo consistirá incluso en la violación de la norma que prohíbe matar (por ejemplo, matar a alguien que ha desarrollado los síntomas de la enfermedad de la rabia y se enfrenta a una muerte extremadamente dolorosa) o de la norma que prohíbe causar sufrimiento psíquico o físico. Los autores ilustran el paternalismo que consiste en causar sufrimiento con el

¹⁹² Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, cit., p. 48; Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 129.

¹⁹³ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 129.

¹⁹⁴ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, cit., p. 48; Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 129.

¹⁹⁵ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, cit., p. 48; Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 129.

ejemplo del médico que insiste en enfrentar a su paciente con la terrible realidad de su enfermedad, porque cree que será mejor para él asumirla desde un principio. A su juicio, aquí se contradice una opinión común sobre el paternalismo, puesto que el médico actúa paternalistamente diciendo la “dolorosa verdad”; en conclusión, el comportamiento paternalista puede consistir, advierten los autores, tanto en decir la verdad al paciente que no quiere saberla, como en no decirla al paciente que quiere saberla: el médico se comporta paternalistamente si lleva a cabo “aquello que cree que es mejor para el paciente con independencia de los deseos expresados por el paciente”¹⁹⁶.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones los autores proponen en PB76 la siguiente definición de paternalismo:

“A está actuando paternalistamente con S si y sólo si el comportamiento de A indica (correctamente) que A cree que: (1) su acción es por el bien de S, (2) está cualificado para actuar en el nombre de S, (3) su acción supone violar una norma moral (o hacer lo que le exigirá violarla) con respecto a S, (4) está justificado actuar en nombre de S independientemente del consentimiento (libre e informado) pasado, presente o inmediatamente próximo de S y (5) S cree (quizás falsamente) que él (S) generalmente sabe lo que es por su propio bien”¹⁹⁷.

De esta definición, las condiciones 1, 3 y 4 pasan prácticamente inalteradas a la definición de *Philosophy in Medicine*. La condición (2), sin embargo, desaparece. Sobre ella, los autores comentan que incluye a las cualificaciones profesionales, pero es más amplia puesto que para su cumplimiento basta con que el sujeto A crea que él sabe lo que es bueno para S mejor que S mismo. La condición (5), como veremos inmediatamente, sí que cambia de una definición a otra, aunque no sustancialmente. En *Paternalistic Behavior*, se señala que se trata de una condición del comportamiento paternalista raramente hecha explícita, según la cual sólo podemos ser paternalistas con aquellos que creemos que se consideran a sí mismos “capaces de actuar en su propio nombre”¹⁹⁸. De aquí que no podamos ser paternalistas con los animales o los bebés (salvo que presupongamos ese tipo de auto-conciencia), aunque sí con los niños, especialmente con

¹⁹⁶ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, cit., p. 48; Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 130. Véase, igualmente: Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 212.

¹⁹⁷ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, cit., pp. 49 y 50.

¹⁹⁸ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, cit., p. 53.

los niños mayores, de donde se deriva que, por supuesto, los padres pueden actuar paternalistamente con respecto a sus hijos.

En *Philosophy in Medicine*, la definición tiene la siguiente forma:

“A está actuando paternalistamente con S si y sólo si (el comportamiento de A correctamente indica que A cree que): (1) su acción beneficia a S; (2) su acción supone violar una norma moral con respecto a S; (3) su acción no tiene el consentimiento pasado, presente o inmediatamente próximo de S; (4) S es competente para dar su consentimiento (simple o válido)”.

Con respecto a la condición (1), los autores señalan que puede haber acciones parcialmente paternalistas: que persigan beneficiar a S y, además, a un tercero¹⁹⁹. Además, conciben la idea de beneficio en sentido amplio, que incluye tanto beneficiar en sentido estricto como prevenir o aliviar algún mal. Como veremos inmediatamente, a su juicio tan sólo el paternalismo que se orienta a evitar el mal puede estar en alguna ocasión justificado.

La nota 2 de la definición es, sin duda, la más importante. A este respecto, Bernard Gert y Charles M. Culver aclaran que, en su opinión

“violar una norma moral supone hacer algo que sería moralmente incorrecto a menos que se tenga una adecuada justificación para hacerlo. Así, matar, causar sufrimiento (mental o físico), producir una discapacidad y privar de libertad, oportunidad, o placer son todas violaciones de normas morales. Lo mismo es cierto de engañar, romper una promesa, y estafar. Todas estas acciones son tales que nunca está moralmente permitido llevarlas a cabo porque simplemente se quiera hacer eso. Cada ejemplo de estas acciones está moralmente prohibido a menos que se provea una razón moralmente adecuada. Aunque puede haber desacuerdo sobre lo que cuenta como una razón moralmente adecuada, no hay desacuerdo en que llevar a cabo las acciones bajo discusión es inmoral a menos que se tenga una de estas razones. Usamos la frase ‘violar una norma moral’ para referirnos a tales acciones”²⁰⁰.

¹⁹⁹ En la terminología de Joel Feinberg diríamos que hay casos de paternalismo mixto.

²⁰⁰ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, cit., p. 130. Véase también: Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, cit. p. 51.

Los autores advierten que: “el comportamiento paternalista siempre supone la creencia (o el conocimiento) de que uno está llevando a cabo alguna de estas acciones; no requiere que uno considere esas acciones como la violación de normas morales”²⁰¹.

La violación de una norma moral debe ser distinguida del fallo en la persecución de un ideal moral. Para estos autores, seguir un ideal moral es ayudar a los necesitados, como cuando, por ejemplo, se da una limosna a un mendigo. A su juicio, la violación de normas morales requiere justificación, pero no el fallo en perseguir un ideal moral. De aquí se deriva que, dado que el comportamiento paternalista siempre requiere justificación, el fallo en perseguir un ideal moral nunca puede ser paternalista: por ejemplo, negar a un mendigo una limosna para evitar que se lo gaste en whisky no debe ser considerado paternalista; revela una actitud paternalista, pero no es un comportamiento paternalista.

Con respecto a la condición 3 de la definición, con ella los autores descartan como paternalista, por ejemplo, la acción de empujar a alguien que anda distraído para evitar que sea atropellado (en la medida en que creamos contar con el inmediato consentimiento del sujeto) e, igualmente, cuando existe un consentimiento anterior o presente.

Por último, la condición 4 descarta como acciones paternalistas todas aquellas medidas terapéuticas que tienen como objeto personas incapaces de dar incluso consentimiento simple: por ejemplo, los pacientes en coma o los niños recién nacidos.

A partir de estas características se pretende dar una definición de “paternalismo” que, en su opinión, no sea ni demasiado estrecha, como la de Gerald Dworkin, pero tampoco devenga demasiado amplia, como la de N. Fotion, el cual rechaza que el paternalismo requiera siempre de justificación²⁰². Este último autor ha sostenido que para elucidar el concepto de paternalismo se debe mirar a la relación paterno-filial y, a partir de ella, extraer los elementos que fundan la analogía con las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos. Lo distintivo del concepto de paternalismo frente a otras propuestas es que, desde su punto de vista, no sólo la imposición de restricciones forma parte del

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Fotion, N.: “Paternalism”, *Ethics*, 89(1979), pp. 191-198.

paternalismo, sino también el cuidado y la ayuda. Bernard Gert y Charles M. Culver reprochan a N. Fotion haber olvidado la diferencia que hay entre los términos “paternal” y “paternalismo”; en su opinión, “paternalismo” sugiere una distorsión del comportamiento “paternal”, como “cientifismo” sugiere una distorsión del comportamiento “científico”²⁰³.

A su juicio, las siguientes conductas podrían ser ejemplos de comportamiento paternalista:

1. “Tratar a un paciente sin su consentimiento.
2. Administrar un placebo.
3. No dar toda la información sobre la prognosis de una metástasis en la primera comunicación con el paciente.
4. Internar forzosamente a un paciente psiquiátrico en un hospital.
5. Llevar a cabo un procedimiento quirúrgico sin informar al paciente de que algunos profesionales usan un procedimiento médico alternativo”²⁰⁴.

En *Bioethics: A Return to Fundamentals*, los autores (ahora junto con K. Danner Clouser) revisan de nuevo sus anteriores definiciones y proponen la siguiente con algunas modificaciones:

“A está actuando paternalistamente con S si y sólo si: (1) A se propone con su acción beneficiar a S; (2) A reconoce (o debería reconocer) que su acción con S es un tipo de acción que requiere de justificación moral; (3) A no cree que su acción tenga el consentimiento pasado, presente o inmediatamente próximo de S; y (4) A considera que S cree que puede tomar sus propias decisiones sobre el asunto”²⁰⁵.

Sobre la (indiscutida) condición 1, los autores añaden a las anteriores consideraciones que el beneficio a S puede ser indirecto: por ejemplo, cuando se receta una droga a un paciente (S) con el objeto de facilitar su cuidado. Si el propósito de la acción no es beneficiar indirectamente a S, sino posibilitar dispensarle todavía menos

²⁰³ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 134.

²⁰⁴ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 126.

²⁰⁵ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., 196.

cuidados sin que *S* obtenga una ganancia neta por ser inyectado con la droga (o atado a la cama, etc.), entonces la acción no es paternalista. Además, se refuerza la distinción entre la acción que consiste en beneficiar a otro que no está sufriendo ninguna pérdida y la que consiste en aliviar o suprimir un mal o daño que la persona está padeciendo. A lo primero los autores lo denominan “actuar con un ideal utilitario”²⁰⁶ y a lo segundo, siempre que no se tenga el deber de comportarse así, “actuar con un ideal moral”²⁰⁷. Los autores añaden que actuar paternalistamente con un ideal utilitario sólo está justificado cuando es llevado a cabo por padres u otros sujetos en un rol similar. Finalmente, se aclara que, en relación con el paternalismo, beneficiar a *S* no significa hacer lo que *S* quiere que se haga. Generalmente, el médico no sabrá qué idea tiene el paciente *S* de lo que le supone un beneficio o puede que, incluso, lo sepa y que, además, ambas ideas, la de *S* y la de *A*, coincidan; sin embargo, lo relevante para la calificación de paternalista de la acción de *A* es que a éste no le importe si *S* está dispuesto o no a afrontar el daño que es medio para obtener el beneficio.

La condición 2 de esta definición equivale a la condición (3) de *Paternalistic Behavior* y (2) de *Philosophy in Medicine*, sin embargo, desaparece la referencia a las “acciones que suponen violar una norma moral” y ahora se habla de un “tipo de acciones que requieren de justificación moral”. Este cambio intensional en la definición es extensionalmente equivalente, dado que, en la teoría moral de Bernard Gert, las únicas acciones que requieren de justificación moral son las que violan normas morales. Los autores advierten que la definición tan sólo exige que *A* crea estar realizando el tipo de acción (abstracta) que necesita justificación (mentir por ejemplo), pero no que crea que su acción concreta (mentir al paciente *X* aquí y ahora) necesita de justificación. Generalmente, se explica, los paternalistas no piensan que actúan incorrectamente y “es posible que ni siquiera consideren su acto particular como necesitado de justificación”²⁰⁸.

Bernard Gert y Charles M. Culver rechazan la tesis sostenida por Gerald Dworkin, Dan Brock o James Childress de que algunas acciones que no son violaciones de normas morales pueden ser paternalistas. Todos ellos coinciden en caracterizar al paternalismo

²⁰⁶ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., 198.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., 200.

como una acción que supone actuar contra los deseos de la persona que es tratada paternalistamente²⁰⁹. Sin embargo, para nuestros autores no todas las acciones que son contrarias a los deseos de alguien deben justificarse. A su juicio, sólo cuando al contrariar los deseos de alguien se viola una norma moral, entonces puede tratarse de un comportamiento paternalista. Esto generalmente supondrá intervenir en la vida de una persona que no quería esa intervención, pero también puede consistir en negarse a intervenir cuando la persona lo demanda y existe un deber de cumplimentar esos deseos.

Gerald Dworkin propuso como contra-ejemplo a la definición de nuestros autores el caso del marido que se lleva *sus* propias píldoras de casa para evitar que su deprimida esposa se suicide. Como hemos visto más arriba, Bernard Gert y Charles M. Culver utilizaban un caso similar como ejemplo de paternalismo que supone la privación de oportunidad. “Similar” pero no igual, porque Gerald Dworkin añade una nueva precisión, a saber, que las píldoras pertenecen al marido. Como son sus propias píldoras puede hacer con ellas lo que quiera y, por supuesto, llevárselas. No hay, por tanto, violación de norma moral alguna²¹⁰. Nuestros autores le conceden a Gerald Dworkin que en un caso así no hay violación de norma moral. Pero, en su opinión, tampoco hay paternalismo. Gerald Dworkin, nos dicen, parece haberse confundido porque el comportamiento del marido muestra una “actitud paternalista”, y es probable que si las píldoras fueran de su mujer también las habría quitado de su alcance (lo que sí hubiera sido paternalista), pero, insisten, en la medida en que no viola norma moral alguna con respecto a ella, su acción de llevarse sus propias píldoras no es paternalista. El mismo razonamiento se aplica a otro de los ejemplos de Gerald Dworkin: el individuo A que suele jugar al tenis con S y, percibiendo que S comienza a estar contrariado por la frecuencia con que pierde, decide no jugar más con S, por su propio bien. A juicio de Bernard Gert y Charles M. Culver el ejemplo tan sólo muestra que A tiene una “actitud paternalista”, pero no que se comporte paternalistamente.

²⁰⁹ Sobre la concepción del paternalismo de Gerald Dworkin como acciones que suponen una “violación de la autonomía”, véase el capítulo segundo. Dan Brock define al paternalismo como “la acción de una persona por el bien de otra, pero contraria a sus presentes deseos o preferencias y no justificada por su consentimiento pasado o presente”, en Brock, Dan: “Paternalism and Promoting the Good”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism, cit.*, p. 238. Por su parte, James Childress define al paternalismo como “La acción paternalista es no asentir (acquiescence) a los deseos, elecciones o acciones de una persona por su propio bien”, en Childress, James F.: *Who Should Decide? Paternalism in Health Care, cit.*, p. 241.

²¹⁰ Véase: Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism, cit.*, p. 106.

Sobre esta misma condición (2) de la definición, los autores insisten en la posición, ya defendida en su anterior trabajo de 1982, de que no necesita de justificación el mero *no perseguir un ideal moral* y, por tanto, las acciones que puedan ser descritas no como violación de normas morales sino como fallos en la persecución de un ideal moral no son candidatas a acciones paternalistas.

Por último, se apunta una distinción entre comportamiento paternalista y comportamiento paternal. A su juicio, el médico que urge a un paciente a que se ingrese en un hospital psiquiátrico, cuando el paciente le ha solicitado su opinión profesional pues cree que en su estado mental puede dañarse a sí mismo, no actúa paternalistamente sino paternalmente; “urgir” no es coaccionar y, salvo que se viole alguna norma moral, el comportamiento no es paternalista. Los autores muestran su sospecha de que, en muchas ocasiones, cuando el paternalismo es defendido por los médicos, de lo que se trata en realidad es de este comportamiento paternal.

La condición (3) ha sido mantenida en todas las definiciones. No obstante, en *Paternalistic Behavior* se exige que A crea que “está justificado actuar en nombre de S independientemente del consentimiento (libre e informado) pasado, presente o inmediatamente próximo de S”, lo cual parece hacer compatible el comportamiento paternalista con respecto a sujetos que han consentido en la acción; bastaría con que A estuviera dispuesto a actuar con S de la misma manera si éste no hubiera consentido. En *Bioethics...*, los autores aclaran, además, las condiciones en las que el consentimiento “inmediatamente próximo” y el pasado anulan la calificación de paternalista de una acción. Por lo que respecta al consentimiento inmediatamente próximo, en primer lugar, se debe estar en una situación en la que no podemos demandar el consentimiento antes de la acción (generalmente, se tratará de situaciones de emergencia)²¹¹, y, en segundo lugar, A debe creer que hubiera recibido el consentimiento de S si hubiera tenido oportunidad de demandárselo²¹². Por lo que respecta al consentimiento anterior, los autores advierten que el consentimiento anterior descarta la calificación de paternalista de una acción siempre que no haya sido rescindido. De ahí que afirmen que, con respecto a la calificación de un

²¹¹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., 203.

²¹² Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., 204.

acción como paternalista, el consentimiento presente es claramente “primario”²¹³ con respecto al consentimiento pasado o inmediatamente próximo.

Finalmente, tenemos la condición (4). En esta última definición, la redacción se acerca mucho a la del primer trabajo de 1976. Vemos que desaparece la referencia a los términos técnicos de competencia para otorgar consentimiento simple o válido que se incluía en *Philosophy in Medicine*. La restricción que se pretende en las tres definiciones es la misma: sacar de la denotación de paternalismo aquellas acciones que se orientan a beneficiar a sujetos tales como bebés o personas en coma. Sobre estos últimos, añaden ahora dos importantes precisiones: una, que se desconozcan las opiniones de la persona en coma y, dos, que se haya de tomar necesariamente una decisión mientras está en coma²¹⁴.

3.3.2. La justificación del comportamiento paternalista

3.3.2.1. Introducción

Para nuestros autores, el comportamiento paternalista es frecuente en la práctica de la medicina, por lo que determinar las condiciones de justificación del paternalismo es uno de los temas principales, sino el principal, de la bioética. Además, la justificación del paternalismo es, a su juicio, filosóficamente importante porque permitiría evaluar la plausibilidad de las dos concepciones generales tradicionales de la ética, el consecuencialismo y el deontologismo, así como de las concepciones de la moralidad más relevantes en bioética: el casuismo, la teoría de la virtud, las éticas de la situación y lo que denominan “principialismo”. De acuerdo con nuestros autores, todas estas concepciones del razonamiento moral no permiten distinguir entre casos de paternalismo justificado e injustificado y, en consecuencia, son defectuosas.

De acuerdo con Bernard Gert y Charles M. Culver y K. Danner Clouser, todo comportamiento paternalista requiere justificación porque “supone la violación de una

²¹³ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., 205.

²¹⁴ *Ibidem*.

norma moral con respecto a una persona sin su consentimiento”²¹⁵. De las tres posiciones lógicas que se pueden sostener en relación con la justificación del paternalismo: siempre justificado, nunca justificado y a veces justificado, los autores sostienen la tercera. A su juicio, la primera posición no es defendida por ningún autor actual que se ocupe del paternalismo. En ella se situaría el *utilitarismo de actos*, que parece implicar que todo comportamiento paternalista que se basa en juicios de hecho verdaderos (sobre qué beneficia o daña a alguien, etc.) está justificado. En su opinión, es posible que algunos comportamientos paternalistas se deban a la asunción implícita de esta teoría ética²¹⁶.

La segunda posición, por el contrario, sí que tiene defensores en la actualidad. Estos suelen definir el paternalismo de manera que no es posible comportarse paternalistamente con respecto a personas incompetentes, a la vez que sostienen que nunca está justificado comportarse paternalistamente con respecto a personas competentes²¹⁷. Nuestros autores

²¹⁵ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 222. Entre el contenido del artículo “*The Justification of Paternalism*” (1978) y el capítulo de *Philosophy in Medicine*, “*The Justification of Paternalistic Behavior*”, hay muy pocas diferencias y ninguna que afecte a las tesis de fondo. Prácticamente todo el contenido del primer artículo se incorpora literalmente en la segunda publicación. La cual presenta tan sólo las siguientes novedades: en primer lugar, se adapta la calificación de los comportamientos paternalistas a la nueva definición, sin que ello impida que los ejemplos presentados sean los mismos; en segundo lugar, se introducen algunas puntuales revisiones terminológicas que no afectan en absoluto a las tesis de fondo y, por último, se añade un nuevo apartado donde se critica una teoría alternativa sobre la justificación del paternalismo: la teoría del “test del agradecimiento” (*thank you test*). Veremos, sin embargo, que en *Bioethics...*, se produce un importante cambio con respecto al trabajo de 1982, en torno al papel desempeñado por la idea de competencia en la justificación del paternalismo.

²¹⁶ Véase: Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., cap. 8, p. 144 y Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., pp. 223-225. Los autores añaden que éste es el tipo de teoría ética que subyace a lo que se denomina “éticas de la situación”. No aclaran, sin embargo, si se refieren a propuestas sobre ética médica como la que Joseph Fletcher presenta en su libro: *Situation Ethics: The New Morality*, publicado en 1966; si es así, nuestros autores adoptan una posición muy firme en contra de considerar que esta “ética de la situación” tenga realmente algo de “nueva moralidad”. Véase: Fletcher, Joseph: *Ética de la situación. La nueva moralidad*, ed. Ariel, Barcelona, 1970.

²¹⁷ En *Philosophy in Medicine*, nuestros autores ponen como ejemplo de esta posición sobre la justificación del paternalismo la propuesta de Tom L. Beauchamp expresada en el artículo: “Paternalism and Bio-behavioral Control”, en *The Monist*, 60(1977), pp. 62-80. En este artículo, Tom L. Beauchamp sostiene que algunos casos de paternalismo que parecen fuertemente justificados no son, en realidad, paternalismo: por ejemplo, impedir que un amigo se mate después de que haya ingerido drogas psicodélicas. La acción de impedir el suicidio le parece a Tom L. Beauchamp justificada pero no paternalista, porque la acción de intentar quitarse la vida es involuntaria e intervenir con acciones involuntarias no es paternalista. Como hemos visto, Tom L. Beauchamp defiende en su obra conjunta con James F. Childress una posición diferente, de acuerdo con la cual también se puede ser paternalista con personas incompetentes o en relación con decisiones no autónomas. No obstante, este autor señala en nota a pie de página que, a pesar de optar en *Principios de ética biomédica* por un concepto más amplio de paternalismo, personalmente sigue prefiriendo la concepción más estrecha. Como vimos en el capítulo tercero, para Joel Feinberg el término “paternalismo” debería restringirse al paternalismo fuerte pero, finalmente, también opta por mantener la denominación de *paternalismo* blando.

discrepan de esta postura por tres razones. Primera, porque creen que hay supuestos de paternalismo justificado en relación con personas competentes: por ejemplo, mentir a una persona que está padeciendo una grave crisis cardíaca, cuando decirle la verdad puede suponerle la muerte²¹⁸. Segunda, porque favorece el “paternalismo” injustificado con respecto a incompetentes: : “sólo porque la gente no sea competente para tomar decisiones racionales no está justificado violar cualquier norma moral con respecto a ellos en tanto que se beneficien de tal violación”²¹⁹. Tercera y última, porque esta propuesta deontológica estricta “traslada el énfasis del genuino problema moral de justificar la intervención por el beneficio del paciente sin su consentimiento, al problema de determinar cuándo el comportamiento de una persona no es voluntario, de manera que la interferencia no es paternalista”²²⁰.

La tercera posición, según la cual el paternalismo algunas veces está justificado, es la defendida por nuestros autores. La medicina no requiere, explican los autores, de una ética especial. La concepción de la moral desarrollada por Bernard Gert, denominada “moralidad común”, sirve de teoría general para resolver el problema de cuándo está justificado o no comportarse paternalistamente.

3.3.2.2. Aplicación de la “moralidad común” a los casos de paternalismo

La moralidad común se aplica para determinar los casos de paternalismo justificado, lo cual mostraría, a juicio de nuestros autores, que no es necesaria una ética particular para la medicina.

Para establecer si un caso de comportamiento paternalista está justificado hay que considerar sus características moralmente relevantes, de acuerdo con la lista presentada más arriba; evitando la simplificación del utilitarista del acto, que sólo considera las consecuencias del acto en particular, y del “deontólogo”, que sólo considera el hecho de que una norma moral ha sido violada con respecto a una persona inocente que no ha

²¹⁸ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 226.

²¹⁹ *Ibidem*.

consentido. Esta lista de cuestiones nos ayudan a saber qué hechos se deben buscar, qué hechos son relevantes para hacer un juicio moral. Determinar correctamente el tipo de violación de norma moral que se ha producido es sólo el primer paso de un procedimiento de dos pasos.

El segundo paso consiste en responder lo que nuestros autores denominan la “cuestión moral decisiva”:

“¿Las consecuencias previsibles de permitir públicamente este tipo de violación, es decir, de que todo el mundo sepa que está permitido violar la norma moral en esas circunstancias, son mejores o peores que las consecuencias previsibles de no permitir públicamente ese tipo de violación?”²²¹.

En resumen, el razonamiento moral, de acuerdo con nuestros autores, consiste en un procedimiento con dos pasos: 1) determinar el tipo de violación de normas morales de acuerdo con la lista de características relevantes y 2) estimar las consecuencias previsibles de que ese tipo de violación sea públicamente permitida.

Para ilustrar la aplicación de este método a los casos de paternalismo, nuestros autores nos proponen considerar los siguientes casos:

Caso 1: “El Sr. K es llevado a urgencias por su mujer y un policía. Antes, la Sra. K había confesado a su marido que estaba teniendo un affaire con un colega. El Sr. K, después de oír la noticia, entra en un estado de creciente agitación que, tras varias horas, culmina diciendo el Sr. K. a su mujer que va a matarse para que “pueda ser libre de tener los amantes que quiera”. La Sra. K, que sabe que hay armas en la casa y que su marido es una persona impulsiva, llama a la policía.

En urgencias, el Sr. K se limita a mirar de mala manera a todos los presentes, mostrándose extremadamente tenso y agitado. El doctor T decide que por la protección del propio Sr. K, éste debe ser hospitalizado. El Sr. K se niega. El doctor T interna forzosamente al Sr. K en observación durante 72 horas”²²².

²²⁰ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 227; y Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 144.

²²¹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 230.

²²² Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 233; y Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 146.

Los autores juzgan, en primer lugar, que el comportamiento del doctor T es paternalista de acuerdo con su definición. A continuación se preguntan cómo podría justificar el doctor T este internamiento paternalista del Sr. K. El doctor puede pretender que, en este caso, la privación de libertad es un mal mucho menor que el que se evita: la muerte o graves heridas. El doctor no necesita afirmar que en todos los casos el suicidio es un mal tan grande que siempre está justificada la interferencia paternalista. Basta con que sostenga que sí está justificada en el caso del Sr. K por las siguientes razones: Primera, el deseo del Sr. K de matarse es *irracional* porque no parece tener ninguna razón adecuada para matarse a sí mismo. “Una razón adecuada –recuerdan los autores– sería la creencia por su parte de que su muerte tendría como consecuencia evitarle un gran mal o la obtención de un gran bien para sí mismo o para los otros”²²³. Segunda, hay pruebas de que la situación en que se halla el Sr. K es meramente transitoria. Tercera, la violación de una norma moral (privación de libertad) que el doctor T ha cometido supone para el Sr. K un daño mucho menor que el daño (la muerte) que el propio Sr. K se habría auto-infligido, incluso aunque se tenga en cuenta que el primero es un daño cierto y el segundo sólo probable. Pero, advierten los autores, que el mal evitado al Sr. K sea mucho mayor que el cometido no es todavía una razón suficiente para justificar la intervención paternalista, además el doctor T debe estar dispuesto a permitir públicamente la privación de libertad de cualquier persona que se halle en esas mismas circunstancias. Si las creencias del doctor T sobre la probabilidad del suicidio están bien fundamentadas, la intervención estará fuertemente justificada, pero si estas creencias son cuestionadas o bien la probabilidad de suicidio es baja (¿menos del 5%?) la intervención puede estar débilmente justificada o, incluso, no estar justificada²²⁴.

Caso 2: La Sra. R, una madre de 29 años, es hospitalizada y se le diagnostica un cáncer de ovarios avanzado con metástasis a otros órganos abdominales. No hay posibilidad de extirpar el cáncer y se estima que como mucho su

²²³ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 233; y Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 146.

²²⁴ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 234. Merece la pena destacar que en *Philosophy in Medicine* nuestros autores exigen para que la intervención esté justificada que el doctor T esté dispuesto a “sostener frente a todas las personas racionales que en esas circunstancias cualquiera podría ser privado de su libertad por un período de tiempo limitado” (p. 147). Como vemos, el requisito de justificación en este trabajo es “sostener públicamente”, mientras que en el trabajo de 1997 es sostener que sea “permitido públicamente”. Esta diferencia refleja el cambio de concepción sobre la imparcialidad que se produce entre *The Moral Rules* y *Morality: A New Justification of the Moral Rules*.

esperanza de vida se reduce a varios meses. A pesar de que la paciente ha insistido en que se le diga claramente a lo que se enfrenta, el Dr. E le dice a su paciente y a su marido que el diagnóstico no es todavía claro y que la verá semanalmente en régimen ambulatorio. Cuando la Sra. R sale del hospital se encuentra mejor. El doctor confía en que ella y la familia pasen unas pocas semanas felices antes de que empeore y tenga que decirles la verdad²²⁵.

De nuevo, nuestros autores juzgan que el comportamiento del doctor E es claramente paternalista. El doctor puede pretender que su acción está justificada porque el mal que evita a su paciente, sufrimiento psicológico, es mucho mayor que el mal del engaño, si es que éste existe; pero, explican los autores, esto es cierto en este caso sólo en el muy corto plazo. El engaño priva a la Sr. R de la oportunidad de hacer planes para enfrentarse a su propia muerte. En las circunstancias del caso, el deseo de saber la verdad de la paciente es racional; de hecho, no hay pruebas de comportamiento o deseo irracional por su parte.

Dado que no hay pruebas de un comportamiento o deseo irracional por parte de la Sra. R, permitir públicamente este tipo de violación de normas morales sería permitir que unos individuos impongan su propia jerarquía de daños sobre la de otros que tienen una jerarquía alternativa también racional. A juicio de nuestros autores, ninguna persona racional permitiría públicamente este tipo de violación.

Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner Clouser ilustran este procedimiento de justificación con un tercer caso en el que se viola, al igual que en el anterior, la norma que prohíbe engañar, pero donde el comportamiento paternalista está justificado:

Caso 3: “La Sra. V está en un estado extremadamente crítico después de que un accidente de automóvil hubiera segado la vida de uno de sus hijos y herido gravemente a otro. La Sra. V está a punto de ser operada y el doctor H cree que el delgado hilo que la mantiene con vida se debilitaría por el shock de enterarse del estado de sus hijos, así que decide engañarla por un corto período de tiempo”²²⁶.

²²⁵ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 234; y Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 147.

²²⁶ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 235.

Aquí, explican los autores, a cambio de ser engañado por un corto período de tiempo se evita un riesgo alto de perder una vida. Cualquier persona racional optaría por ser engañado. Si la persona afectada quisiera saber la verdad a pesar de que ello pone en peligro su vida (excluyendo consideraciones religiosas o el deseo mismo de morir), entonces su deseo debería ser considerado irracional. Ahora bien, la cuestión, como se ha explicado, es determinar si este tipo de violación podría ser defendida, de manera que cualquier persona en las mismas circunstancias estuviera autorizada moralmente a engañar. En opinión de Bernard Gert y Charles M. Culver las consecuencias de permitir universalmente este tipo de engaño serían, por un lado, una pérdida de confianza no significativa en la palabra del médico en esas circunstancias y, por otro, la salvación de vidas humanas; a su juicio, el balance es favorable a permitir la violación.

Nuestros autores presentan otro caso en el que se varía tan sólo un elemento del anterior, a saber, que la Sra. V no pregunta cómo están sus hijos. En este nuevo caso, el médico decide no contar nada a la Sra. V del estado de sus hijos. Aquí no se trataría, nos explican, de un comportamiento paternalista, porque el médico al no revelar esa información no está engañando a la paciente. Ocultar información sólo es un engaño cuando existe un deber de revelación de la información y este deber no existe en relación con cuestiones que no se refieren al tratamiento. El médico mostraría, en opinión de nuestros autores, una actitud paternalista pero no llevaría a cabo un comportamiento paternalista²²⁷.

En los casos 2 y 3, se da una coincidencia entre el resultado del balance de daños producidos y evitados *a la persona afectada* con el balance de daños producidos y evitados al permitir universalmente la violación de la norma (negativo en el caso 2 y positivo en el 3). Sin embargo, los autores advierten que esto no debe ser necesariamente así. Creer que para juzgar si la violación de una norma moral con respecto a S está justificada basta con que el mal causado a S sea menor que el mal evitado a S constituye un tipo de utilitarismo negativo muy frecuentemente sostenido por los médicos. Pero, insisten los autores, este utilitarismo negativo no es una teoría ética aceptable. Las *consecuencias previsibles* de un acto son relevantes para determinar el tipo de violación,

²²⁷ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 236.

pero para establecer la justificación de una violación de una norma moral debemos fijarnos en las *consecuencias hipotéticas* de que todo el mundo supiera que está permitido ese tipo de violación²²⁸. Así, por ejemplo, un estudiante de medicina que piensa que está cualificado para ejercer la carrera médica, pero que no ha estudiado para su último examen (cuyo aprobado le habilitaría para ejercer) podría, aplicando el utilitarismo, decidir que está justificado copiar en el examen, dado que él saldría beneficiado y nadie más perjudicado. Sin embargo, si el mismo estudiante introdujera en su razonamiento las consecuencias hipotéticas de permitir universalmente que todos los que estén en sus mismas circunstancias copien, entonces vería que ese comportamiento no está justificado.

Nuestros autores añaden una serie de ulteriores ejemplos que tratan de reforzar la descripción de los pasos del procedimiento de justificación propuesto. En particular, refuerzan los dos siguientes puntos: Primero, una intervención paternalista no está justificada si los deseos opuestos a la misma del paciente son racionales, porque ello supondría permitir universalmente a cualquier individuo violar normas morales con respecto a los otros (por ejemplo, la norma que prohíbe infligir dolor) cuando su propia jerarquización de daños discrepara de la de los otros (siendo ambas jerarquizaciones racionales). Segundo, la oposición irracional de un paciente al tratamiento no es condición suficiente para la intervención. Además, se requiere que los daños que evita o remedia el tratamiento sean *suficientemente grandes* para justificar la violación de la norma moral con respecto al paciente.

3.3.2.3. La noción de “competencia” en la justificación del paternalismo

En *Philosophy in Medicine*, los autores conceden relevancia práctica a la distinción entre los dos niveles de incompetencia que vimos anteriormente: incompetencia para prestar consentimiento simple e incompetencia para prestar consentimiento válido. En los casos de incompetencia para prestar incluso consentimiento simple no se plantean, a su juicio, problemas importantes, porque el representante no anula decisión alguna al no existir decisión del paciente en absoluto. Con respecto a los supuestos de incompetencia para prestar consentimiento válido, su propuesta es distinguir dos conjuntos de casos: 1)

²²⁸ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 237.

aquellos en los que la persona da un *consentimiento simple* (no válido) al tratamiento, y 2) aquellos en los que la persona da un *rechazo simple* (no válido) al tratamiento²²⁹.

Cuando se trata de aceptar el tratamiento propuesto, si el paciente da su consentimiento simple, dado que éste no es válido, es igualmente necesaria la intervención de un representante que consienta válidamente por él. Si la opinión del representante coincide con la del paciente, explican nuestros autores, no hay problema. Ahora bien, si la decisión de representante es rechazar el tratamiento pudiera parecer que el representante anula la decisión del paciente y que, por tanto, se trata de un caso de paternalismo que necesita de justificación. Éste no es el caso, en opinión de Bernard Gert y Charles M. Culver, porque el paciente solamente ha *accedido* (*acquiesced*) a lo que el médico le ha propuesto (el paciente no ha buscado activamente el tratamiento), de manera que el representante no priva al paciente de hacer lo que quiere, simplemente se limita a decidir lo que le parece que es en el mejor interés de su representado²³⁰.

Sin embargo, cuando se trata de un rechazo simple al tratamiento, a juicio de nuestros autores, las cosas cambian. Si el representante decide que sí se proceda con el tratamiento (en caso contrario tampoco habría problema), entonces sí que estamos, en su opinión, ante un caso de paternalismo que requiere de justificación. Justificación que no se satisface con la mera afirmación de la incompetencia porque, como veremos, se requiere, además, que la acción paternalista libre al paciente de sufrir importantes males.

En definitiva, Bernard Gert y Charles M. Culver consideran mucho más grave tratar a un individuo que no quiere ser tratado, aunque su rechazo no sea válido, que no tratarlo, aun cuando ha prestado para ello consentimiento simple. Lo primero es, a su juicio, imponer algo “activamente” a otra persona²³¹. Por ello le conceden más peso a un rechazo simple (no válido) al tratamiento, que a un consentimiento simple (no válido); es decir, exactamente al contrario que en la práctica médica (en la que cualquier cosa vale como consentimiento si se trata de aceptar el tratamiento, mientras que los rechazos tienden a no ser aceptados de ninguna manera).

²²⁹ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 60.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 61.

Bernard Gert y Charles M. Culver advierten que la determinación de la incapacidad para comprender o apreciar la información necesaria para prestar consentimiento válido debe establecerse con independencia de si se presta el consentimiento o se rechaza: “la negativa a consentir, aun siendo irracional, no es suficiente para mostrar un fallo en la apreciación de la información”²³². Sobre este importante punto de las relaciones entre competencia en el consentimiento y racionalidad del mismo, vuelven los autores en relación con los pacientes psiquiátricos:

“Cuando los pacientes psiquiátricos rechazan el tratamiento, ya sean o no competentes para prestar consentimiento válido, este rechazo es frecuentemente visto como irracional por el equipo de tratamiento. Nosotros proponemos que el rechazo irracional al tratamiento no sea tomado como un signo de incompetencia para prestar consentimiento válido si el consentir hubiera sido considerado válido (...) Debemos ser capaces de determinar la incompetencia para prestar consentimiento válido independientemente de la aceptación o el rechazo del consentimiento; obviamente, el rechazo irracional no puede ser determinado de esta manera. En ocasiones puede estar justificado anular un rechazo al tratamiento válido pero irracional, pero se debe tener claro que esto no prueba la incompetencia. Una ventaja de ser claro sobre esta distinción es que un cambio de opinión de un paciente competente (quizás debido a las habilidades persuasivas de los psiquiatras), que con anterioridad había válida pero irracionalmente rechazado el tratamiento, puede ser tomado como consentimiento válido; mientras que si se hubiera considerado al paciente incompetente para negar el consentimiento válido, su subsiguiente consentimiento no sería válido”²³³.

En el trabajo de 1997, Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner Clouser introducen una importante modificación sobre la concepción de la competencia expuesta en el de 1982, que acabamos de ver. Para ello, los autores comienzan criticando la concepción tradicional de la competencia, a la cual denominan “concepción de comprender y apreciar” (en adelante, “C+A”). De acuerdo con esta concepción C+A, en la determinación de la competencia de un paciente no se debe tomar en cuenta el contenido de su decisión. De esta manera, se garantiza que las personas competentes puedan tomar cualquier decisión que deseen tomar. El problema de esta concepción C+A es, a juicio de nuestros autores, que hay casos en los que un paciente competente, de

²³² Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 60.

²³³ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 62.

acuerdo con la definición C+A, rechaza un tratamiento, pero casi todo el mundo estaría de acuerdo en que ese rechazo no debe ser respetado. A este problema, lo denominan los autores el problema de “desautorizar al paciente competente” (en adelante, “DPC”)²³⁴. En opinión de nuestros autores, toda concepción de la competencia basada exclusivamente en operaciones cognitivas, no importa lo refinada que sea, fracasará en dar cuenta adecuadamente del problema DPC, porque siempre será posible para un paciente llevar a cabo estas operaciones cognitivas y, a continuación, “tomar una decisión gravemente irracional que toda persona racional estaría de acuerdo en que debería ser anulada”²³⁵.

Entre *Philosophy in Medicine* y *Bioethics*., el principal cambio consiste en la diferente respuesta que se le da a este problema DPC. En palabras de los propios autores:

“En el escrito citado [*Philosophy in Medicine*], sosteníamos que la irracionalidad, no la competencia, es el concepto normativo clave que debería ser usado para determinar cuándo está moralmente justificado anular algunos rechazos al tratamiento y ofrecíamos un específico procedimiento de toma de decisiones para determinar cuándo los rechazos –al tratamiento– son suficientemente irracionales para que anularlos esté moralmente justificado. También sosteníamos, a diferencia de todas las concepciones comentadas, que algunas veces está justificado desautorizar a pacientes que son competentes según la definición C+A, pero que toman decisiones seriamente irracionales. Nos dábamos cuenta de que esto iba contra el principio general del Derecho de nunca desautorizar a pacientes competentes, pero creíamos que éste principio del Derecho, y su correspondiente definición C+A de competencia, no había sido el producto de una cuidadosa discusión y, de hecho, era con frecuencia y oportunamente ignorado por los tribunales, especialmente por los tribunales inferiores, en los casos particulares. Si bien creíamos que nuestra aproximación tenía una consistencia conceptual ausente en otras aproximaciones, reconocíamos que, desafortunadamente, producía resultados divergentes con la tradición jurídica”²³⁶.

Estas consideraciones les llevan a definir en el trabajo de 1997 a la “competencia para tomar decisiones médicas” como “la capacidad para tomar una decisión *racional*”²³⁷.

²³⁴ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 133.

²³⁵ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 135.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 137.

Una capacidad, aclaran, es un atributo relativamente estable de la persona. Se puede tener una capacidad aunque en una ocasión particular no se manifieste: por ejemplo, un campeón de golf puede tener un muy mal día en el campo, pero no por ello decimos que ha perdido su capacidad de jugar al golf. Sobre cómo ha de determinarse quién es competente en este sentido los autores señalan que depende de la decisión que haya de tomarse. Además, destacan una serie de factores que pueden interferir con esta capacidad: a) una discapacidad cognitiva (*cognitive disability*) que impide que el paciente comprenda la información que se necesita para prestar consentimiento válido, b) una discapacidad cognitiva que le impide apreciar que esa misma información se aplica a su situación actual, c) una discapacidad cognitiva que impide coordinar la información con su personal jerarquización de diversos bienes y daños asociados con las opciones disponibles, en la medida en que tenga tal jerarquización, y d) la presencia de una enfermedad mental que provoca la adopción de decisiones irracionales²³⁸.

Los autores explican que la inmensa mayoría de los que toman decisiones irracionales con respecto a un tratamiento son incompetentes. Las decisiones *seriamente* irracionales aunque sean temporales también son muy probablemente una manifestación de incompetencia. Cuando las decisiones irracionales son serias y persistentes muestran que la persona es incompetente para tomar ese tipo de decisiones. Sin embargo, nos advierten, algunas decisiones irracionales de menor gravedad son tomadas por pacientes con capacidad para tomar decisiones racionales. Para ilustrar este último punto, nos proponen el siguiente caso: Un hombre tiene una verruga en la planta de su pie. Con una pequeña intervención, que causa tan sólo un moderado dolor y carente de riesgos, se la puede quitar. Al no hacerlo sufre una continua molestia y una leve cojera. Sin tener una razón para ello, el hombre no acude al médico y pasa el tiempo con ese padecimiento: el hombre dispone de la información necesaria, la comprende y aprecia, no padece de ningún problema mental; en definitiva, se trata de un sujeto competente que toma una decisión irracional²³⁹.

Por último, en *Bioethics*., los autores abordan el problema de cuándo ha de determinarse si el paciente es competente o no. Aquí también parecen variar su postura

²³⁸ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 139.

expuesta en el trabajo de 1982. Si el paciente consiente, nos explican, a un tratamiento cuyo rechazo sería irracional y que no tiene tratamientos alternativos, entonces no tiene mucho sentido pararse a determinar si el paciente comprende y aprecia la información, dado que si fuera capaz de comprender y apreciar, consentiría igualmente al tratamiento.

Una situación diferente se presenta cuando el paciente consiente a un tratamiento que no es irracional rechazar o que es tan sólo uno entre otros tratamientos. Aquí, a juicio de los autores, es importante determinar la competencia porque si el paciente no es competente, quizás sea *irrazonable* para él consentir: es decir, dada su propia jerarquización de los daños y beneficios que representan las diferentes opciones, quizás, de haber sido competente, hubiera elegido otra opción diferente de la que ha elegido.

En los rechazos al tratamiento que son irracionales es cuando la cuestión de la competencia se presenta con más frecuencia y gravedad. Por ello, los autores se plantean, en particular, cómo ha de determinarse si un paciente que *rechaza* irracionalmente un tratamiento es competente. A su juicio, hay dos tipos de pruebas. La primera es la prueba positiva de que el paciente usualmente, en su vida cotidiana, muestra la capacidad de tomar decisiones racionales. La segunda, y más importante, es si hay pruebas de alguna discapacidad cognitiva o enfermedad mental que podrían, bajo las circunstancias del caso, hacer incapaz al paciente para tomar decisiones racionales.

Ahora bien, ¿es posible, desde el punto de vista de nuestros autores, determinar la competencia antes de saber si el paciente consiente o rechaza al tratamiento? Usualmente, nos contestan, se puede determinar si el paciente es competente sin conocer todavía su decisión; porque el paciente manifiesta de manera prominente una discapacidad cognitiva o, por el contrario, porque manifiesta una clara comprensión de la información en el proceso de consentimiento. Sin embargo, la situación de los pacientes con enfermedades mentales que pueden interferir en el proceso de consentimiento es diferente²⁴⁰. Estos pacientes, a veces, pueden tener un problema no con la comprensión de la información sino con su “apreciación” o, incluso, no tener problema alguno de tipo cognitivo. En

²³⁹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 142.

²⁴⁰ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 143.

estos casos, “puede no haber manera de determinar si el paciente tiene la capacidad de decidir racionalmente hasta que no toma una decisión”²⁴¹.

Para terminar, los autores modifican también su anterior posición de *Philosophy in Medicine* sobre la simetría del consentimiento y el rechazo al tratamiento. Como hemos visto, en aquella obra se sostenía que quien es (in)competente para consentir también lo es para rechazar el tratamiento. En el trabajo de 1997, sin embargo, aclaran que, en su opinión

“la simetría del consentimiento y del rechazo depende del tipo de incompetencia en juego. En casos de incompetencia cognitiva no debida a ilusiones (*delusions*), consentimiento y rechazo son simétricos: un paciente que es cognitivamente incompetente para rechazar es también incompetente para consentir, porque el consentimiento y el rechazo están basados en la misma información. Sin embargo, tanto la incompetencia cognitiva debida a ilusiones que afectan a la adecuada apreciación de la información como la incompetencia volitiva pueden dar como resultado que alguien sea competente para consentir pero no competente para rechazar”²⁴².

3.3.2.4. Crítica a la justificación del paternalismo por la vía del “test del agradecimiento”

En *Philosophy in Medicine*, los autores terminan la exposición de su postura con respecto a la justificación del paternalismo con la crítica a una teoría de la justificación alternativa, a la que se refieren con la expresión de “el test del agradecimiento” (“*thank-you*” *test*)²⁴³. De acuerdo con la misma, la intervención paternalista se justifica por la aceptación posterior de la misma por parte del afectado. Esta teoría sería la sostenida, a su juicio, por John Rawls entre otros autores²⁴⁴.

²⁴¹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 144.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., cap. 8, pp. 160-162.

²⁴⁴ Los autores basan esta afirmación en el siguiente párrafo de John Rawls relativo a las intervenciones paternalistas: “debemos ser capaces de alegar que con el desarrollo o la recuperación de sus poderes racionales, el individuo en cuestión aceptaría nuestra decisión en su favor y estaría de acuerdo con nosotros en que hicimos lo mejor”, en Rawls, John: *Teoría de la Justicia*, cit., p. 234.

En su opinión, se trata de una propuesta susceptible de recibir dos críticas principales: En primer lugar, el agradecimiento futuro del paciente no puede ser una condición ni necesaria ni suficiente de la justificación. No puede ser una condición necesaria porque ello haría depender la justificación del carácter del paciente: imaginemos, nos proponen los autores, a un paciente ingrato que nunca da las gracias, entonces, de acuerdo con el “test del agradecimiento”, la intervención quedaría injustificada. Igualmente, si el comportamiento paternalista ha consistido en engañar al paciente y éste nunca se entera de ello, quedaría indefinidamente en suspenso la justificación. El agradecimiento del afectado tampoco puede ser condición suficiente porque podría deberse a fenómenos como el “lavado de cerebro” que fabrica el agradecimiento posterior o, mucho más frecuente, la actitud sumisa del paciente que está dispuesto a agradecer a su médico casi cualquier cosa que le haga. En segundo lugar, “uno debe preguntarse –advierten los autores- de dónde provienen los juicios sobre si se obtendrá el posterior agradecimiento”²⁴⁵. A juicio de Bernard Gert y Charles M. Culver, provienen necesariamente de características del caso que existen en el momento en el que se decide actuar paternalistamente. ¿Cuáles son – se preguntan- estas características? Precisamente –responden-, la lista de características relevantes que ellos han propuesto para determinar si un comportamiento paternalista está o no justificado²⁴⁶.

3.4. La justificación del paternalismo como test para las concepciones de la moralidad más relevantes en bioética

Como se ha señalado anteriormente, para nuestros autores el paternalismo es un problema filosóficamente importante porque serviría como un test de validez para las concepciones más importantes en bioética. Con respecto al paternalismo, habría tres errores fundamentales: primero, afirmar que todos los casos de paternalismo están justificados siempre que la acción paternalista beneficie realmente al sujeto tratado paternalistamente; segundo, afirmar que ningún caso de paternalismo está justificado sean cuales sean las consecuencias de la intervención paternalista; y tercero, admitir que hay casos de paternalismo justificado y no justificado pero no proveer de un buen método

²⁴⁵ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine, cit.*, cap. 8, p. 161.

²⁴⁶ Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine, cit.*, cap. 8, p. 162.

para distinguirlos. Las teorías o doctrinas éticas que incurran en alguno de estos errores no serían, de acuerdo con nuestros autores, aceptables.

3.4.1. La crítica al “principialismo”

Comencemos por la crítica a la concepción del razonamiento moral dominante en bioética, que los autores denominan “principialismo”, cuya versión estándar sería la desarrollada por Tom L. Beauchamp y James F. Childress en las primeras ediciones de *Principles of Biomedical Ethics*²⁴⁷. Esta teoría, recordemos, se caracteriza por apelar a cuatro principios básicos de la bioética: beneficencia, autonomía, no maleficencia y justicia. A juicio de nuestros autores, el principialismo presentaría los siguientes defectos generales: no es una teoría, los principios no son verdaderas guías para la acción, no mantienen relaciones sistemáticas entre sí y no existe un procedimiento de solución de conflictos entre principios. De donde se deriva la conclusión de que “el principialismo – nos dicen los autores- oscurece y confunde el razonamiento moral por su fracaso en proveer de genuinas guías para la acción y por su asistemática y ecléctica concepción de la moralidad”²⁴⁸. Junto a esto, el principialismo adolecería de importantes errores en contraste con la concepción de la moralidad como un sistema público: no distingue entre normas morales e ideales morales, confunde el concepto de “deber” (*duty*) con la “obligación” (*ought*) de cumplir con las normas morales y, finalmente, no advierte que la moralidad es un sistema público²⁴⁹.

Los autores analizan uno a uno los cuatro principios señalados; En primer lugar, sobre el principio de no maleficencia reconocen que destaca un aspecto que ellos han considerado clave en su teoría moral: la primacía de no causar daños o males. Así

²⁴⁷ La versión del “principialismo” que toman nuestros autores como referencia es la expuesta por Tom L. Beauchamp y James F. Childress en *Principles of Biomedical Ethics*, cit., en sus primeras ediciones de 1979, 1983 y 1989. La edición de 1994 (4ª edición) y la última de 2001 (5ª edición) suponen una importante revisión de sus planteamientos iniciales, que la haría apartarse, a juicio de nuestros autores, de la versión paradigmática del “principialismo”, que continúa teniendo, sin embargo, gran predicamento en el ámbito de la bioética. Véase, igualmente: Gert, Bernard y K. Danner Clouser: “A Critique of Principlism”, en *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15 (1990), pp. 179-197.

²⁴⁸ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 75.

²⁴⁹ Sobre la respuesta dada por Tom L. Beauchamp y James F. Childress a estos autores: véase, Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., pp. 387-391.

entendido sería, a su juicio, simplemente una forma resumida de referirse a algunas de sus normas morales. Además, en consecuencia, es el único de los cuatro principios que no rompe la importante distinción entre normas e ideales morales. Por ello, señalan, es una cuestión de estilo si uno prefiere listar las cinco normas morales que prohíben causar daños o resumirlas en un enunciado, pero, a su juicio, es preferible presentar esa lista porque “destaca el hecho de que hay diferentes tipos de daños (o males) y que personas racionales pueden, y lo hacen, ordenarlos de diferente manera”²⁵⁰. Negar este hecho, añaden, produce mucho paternalismo injustificado.

En segundo lugar, el principio de justicia, tal y como es tratado por los autores de *Principles*, no proporcionaría una guía para la acción; simplemente se trata de una advertencia de que uno debe preocuparse por las cuestiones de distribución. Además, oscurecería la distinción entre lo que es moralmente requerido y lo que es moralmente fomentado (*encouraged*). Esta última crítica se dirige más a las teorías que han servido de fundamento al principialismo que a éste mismo, puesto que si el principio de justicia, como pretenden nuestros autores, no proporciona una guía para la acción tampoco, lógicamente, podría confundir lo que es debido moralmente y lo que es superogatorio. A juicio de nuestros autores, la influencia de *Una teoría de la justicia* de John Rawls habría sido importante y en ésta se constata la misma confusión entre lo debido y lo superogatorio en relación con el “deber de justicia” que, en la interpretación que los autores hacen de la obra de John Rawls, incluiría tanto el deber de obedecer el derecho justo (una norma moral) como el deber de contribuir a la elaboración de leyes justas (un ideal moral)²⁵¹.

En tercer lugar, tenemos el principio de autonomía. A juicio de nuestros autores, habría una interpretación del contenido de este principio compatible con su propia teoría moral: como una formulación alternativa de su norma moral “no privar de libertad”. Sin embargo, advierten, el principio dice algo más, porque añade que no se debe interferir con las decisiones y acciones *autónomas*. Dada la existencia de una disputa filosófica sobre qué es una acción o elección autónoma, los autores opinan que es prácticamente imposible que este concepto pueda ayudar a resolver casos difíciles. En su lugar, como

²⁵⁰ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 76.

²⁵¹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 77.

vimos, se propone acudir al par conceptual racionalidad e irracionalidad. Además, este principio también oscurece la distinción entre normas e ideales morales pues no distingue entre “respetar (no violar) la autonomía” y “promover la autonomía”²⁵².

En cuarto y último lugar, sobre el principio de beneficencia los autores insisten en el problema de la no distinción entre normas e ideales morales y añaden que el principio también falla en distinguir entre “evitar o remediar daños” y “conferir un beneficio”; una distinción, a su juicio, especialmente importante en medicina, porque evitar daños justifica en ocasiones violar una norma moral, mientras que beneficiar raramente, si es que alguna vez, lo justifica²⁵³. Este principio es visto por nuestros autores como el componente utilitarista del principialismo y a él se le pueden aplicar los argumentos por ellos esgrimidos contra el utilitarismo, fundamentalmente, que no toma en cuenta que para que un acto sea moralmente aceptable debe poder ser públicamente permitido²⁵⁴.

A su juicio, el éxito del principio de autonomía en la bioética se debe en parte a que se ha utilizado como un freno a las consecuencias de la aplicación del principio utilitarista de beneficencia, aplicándolo para rechazar aquellos casos en los que ninguna persona racional permitiría universalmente el tipo de comportamiento alentado por el principio de beneficencia. El problema es que el principialismo no proporciona ninguna manera sistemática de determinar qué principio debe prevalecer en cada caso. En definitiva, en opinión de nuestros autores, la concepción de la moralidad como un sistema público sí que permite afrontar con éxito el problema de la justificación del paternalismo, mientras que el principialismo no.

3.4.2. La crítica a la casuística y a la teoría de la virtud

Tanto la casuística como la teoría de la virtud no dan cuenta de por qué el paternalismo requiere justificación. Esto es consecuencia, explican los autores, de que ninguna de estas concepciones de la moralidad tienen un concepto equivalente al suyo de norma moral, es decir, “no tienen un concepto general de un tipo de comportamiento que

²⁵² Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 81.

²⁵³ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 83.

²⁵⁴ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 85.

necesita justificación pero que, en circunstancias particulares, puede tornarse justificado”²⁵⁵. Una concepción de la moralidad, continúan explicando, no sólo tiene valor porque nos permita resolver un problema moral, sino también porque nos alerte de la presencia de un problema moral: por ejemplo, el comportamiento paternalista.

“La casuística supone –explican los autores- concentrarse en un caso particular y compararlo con otros casos para comprobar qué normas son las más aplicables y cómo deben interpretarse en relación con el caso”²⁵⁶. Sus críticas se dirigen a la casuística considerada como una moralidad alternativa. A su juicio, sin un sistema moral subyacente la casuística sólo puede ser (si es que puede existir sin ese sistema) un razonamiento *ad hoc* sobre asuntos morales, que no puede ni resolver las disputas morales, ni aclarar la causa de estas disputas y, lo que es más importante, ni siquiera puede identificar lo que es un problema moral. Sin embargo, como parte del sistema moral descrito por Bernard Gert, la casuística sirve para enfatizar que no se trata de un sistema deductivista y que hay casos difíciles en los que se requiere interpretar las normas morales. La casuística, bien entendida, es una parte del sistema moral orientada a facilitar su aplicación a los casos particulares²⁵⁷.

La teoría de la virtud, por su parte, se basa en la afirmación de que las virtudes morales²⁵⁸ son fundamentales para la moralidad. Como forma *alternativa* de formular el sistema moral es, a juicio de los autores, una teoría incompleta. Las virtudes deberían ser una parte de una teoría moral completa, en el marco de la cual pudiera determinarse los

²⁵⁵ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 218.

²⁵⁶ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 218. Los autores destacan la siguiente obra como paradigmática de la casuística en bioética: Jonsen, Albert R. y Stephen Toulmin: *The Abuse of Casuistry: A History of moral reasoning*, ed. University California Press, Berkeley y Los Ángeles, 1988; aunque advierten que su crítica no se dirige a esta concepción en particular sino a la casuística en general.

²⁵⁷ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 219.

²⁵⁸ Los autores advierten que con frecuencia los defensores de la teoría de la virtud no distinguen entre virtudes morales, aquellas que toda persona racional quiere que tengan los demás, y virtudes personales, aquellas que toda persona racional quiere tener. Su crítica se dirige, sin embargo, a la teoría de la virtud que afirma que las virtudes morales son más importantes para la moralidad que las normas e ideales morales. Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., pp. 219 y 220.

vicios y las virtudes en relación con las normas y los ideales morales. Sin embargo, algunos teóricos de la virtud pretenden obtener guías de conducta a partir de la identificación de las personas virtuosas y su utilización como modelos a seguir. Ahora bien, estas propuestas, advierten nuestros autores, no son aceptables porque no aportan criterios para identificar a las personas virtuosas, ni explican cómo toman las decisiones las personas virtuosas, ni permiten, dado que nadie es virtuoso el cien por cien del tiempo, distinguir cuándo está la persona virtuosa actuando virtuosamente y cuándo no²⁵⁹. Estas cuestiones apuntan a que la teoría de la virtud requiere de modelos de comportamiento completamente fiables, lo cual hace que sea de poca utilidad práctica, dada la escasez de estos modelos. Además, la idea de modelos completamente fiables sugiere fuertemente que no puede haber desacuerdos entre personas racionales e imparciales sobre cómo debería actuarse en una situación moral determinada. De aquí que la teoría de la virtud favorezca la actitud intolerante de atribuir al que discrepa la carencia de alguna virtud. En definitiva, para que la teoría de la virtud tenga algún interés práctico debe abandonarse la idea de los (improbables) modelos completamente fiables y determinar lo que cuenta como un acto virtuoso en una situación determinada.

De acuerdo con la concepción de la moralidad expuesta por Bernard Gert, “tener una virtud es estar dispuesto a obedecer las normas morales o a seguir los ideales morales en una situación dada en la forma en que al menos alguna persona racional, imparcial e informada haría”²⁶⁰. Las virtudes requieren, por tanto, no sólo de la *disposición* para actuar conforme a las normas e ideales morales, sino también del *juicio* para discernir cómo se ha de actuar en el caso concreto a partir de esas normas e ideales: la virtud de la sinceridad no consiste, advierten los autores, en decir siempre la verdad, lo cual puede manifestar, en ciertas circunstancias, el vicio de la falta de tacto. Apremiar que las virtudes no sólo requieren de disposición es particularmente importante en relación con el comportamiento paternalista. Todo acto paternalista presupone una motivación benevolente por parte de quien actúa. De acuerdo con la teoría de la *virtud como disposición* todos los médicos que actúan paternalistamente serían personas virtuosas; todos ellos mostrarían la virtud de la benevolencia. La teoría de la virtud oscurece el hecho mismo de que el comportamiento del médico requiere justificación porque, a pesar

²⁵⁹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 220.

de su benevolencia, está violando una norma moral y, además, no proporciona método alguno para determinar si está o no justificado.

3.4.3. La justificación del paternalismo como test para el deontologismo y el utilitarismo

Dos de las grandes concepciones principales de la moralidad, el deontologismo y el utilitarismo, han dado típicamente respuestas diferentes y opuestas al problema de la justificación del paternalismo: el utilitarismo de actos, para el que siempre está justificado actuar paternalistamente, y el deontologismo, para el que nunca está justificado.

El utilitarismo de actos proporciona una guía de conducta muy simple, según la cual un acto debe hacerse si produce las mejores consecuencias en conjunto. Esta teoría implica que todo acto paternalista que produce un beneficio neto a la persona sobre la que se actúa paternalistamente está justificado. Los autores distinguen dos versiones de este utilitarismo: una, según la cual lo que determina la moralidad de un acto son las consecuencias *reales* del acto y, otra, según la cual son las consecuencias *previsibles*. Esta segunda versión es mucho más plausible que la primera y subyace a lo que se llama en ocasiones “éticas de la situación”. Sin embargo, a juicio de nuestros autores, se trata de una teoría ética falsa puesto que considera sólo las consecuencias previsibles del acto en particular y no, como debiera, las consecuencias previsibles de permitir públicamente este tipo de acto. El ejemplo del estudiante que copia para obtener su habilitación profesional, que ya se ha mencionado, muestra claramente cómo el utilitarismo y la teoría de la moralidad común defendida por nuestros autores arrojan resultados contradictorios.

De acuerdo con el deontologismo estricto, nunca está justificado romper una norma moral sin el consentimiento de la persona con respecto a la cual se rompe la regla. Incluso en algunas concepciones teológicas de la moral o metafísicas como la kantiana, advierten los autores, ni siquiera el consentimiento válido de la persona dañada por la violación de la norma moral puede ser suficiente para justificar la acción. Profundizando un poco más en esta teoría, hay que decir que la práctica totalidad de sus defensores

²⁶⁰ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 221.

admiten que puede estar justificado violar una norma moral con respecto a una persona que es culpable de haber violado una norma moral; es decir, se admite la justificación del castigo. El punto de vista más común en el deontologismo sostendría, en definitiva, que “solo el consentimiento puede justificar violar una norma moral con respecto a una persona inocente”²⁶¹ y, por tanto, no hay paternalismo justificado.

A juicio de nuestros autores, el deontologismo, al igual que el utilitarismo, se presenta como una descripción del sistema moral común. Sin embargo, “la moralidad común –afirman- algunas veces justifica el engaño si es necesario para salvar la vida de una persona inocente”²⁶². El deontologismo no da cuenta adecuadamente de la moralidad común, porque “si el único camino para evitar graves daños es por medio de romper una norma moral y esta violación evita mucho más daño del que produce hasta el punto de que se puede públicamente defender tal violación, la moralidad común sostiene que tal violación está, al menos, débilmente justificada”²⁶³. De aquí que la moralidad común sostenga que el comportamiento paternalista está justificado si es el único modo de evitar daños graves al paciente. Incluso el Derecho, recuerdan los autores, se aparta del deontologismo en este punto, puesto que sanciona el internamiento involuntario de personas para evitar que se dañen a sí mismas.

Uno de los intentos del deontologismo para manejar el problema del paternalismo, explican los autores, consiste en afirmar que el paternalismo nunca está justificado cuando se aplica a personas competentes. De hecho, el deontologismo estricto trata de definir el paternalismo de manera que no sea posible actuar paternalistamente con respecto a quien no es competente para tomar una decisión racional en una situación determinada. Así estos autores deontologistas sustituirían la condición 4 de la definición de paternalismo, “*A considera que S cree que puede tomar sus propias decisiones sobre el asunto*”, por la siguiente: “*S es competente para tomar una decisión racional*”. De esta manera, reconocen los autores, se eliminan muchos de los casos de paternalismo

²⁶¹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 225.

²⁶² Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 221.

²⁶³ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 226.

justificado, aunque no todos (todavía podría estar justificado, por ejemplo, no decir la verdad a un paciente con graves problemas cardíacos, si esa verdad puede matarle)²⁶⁴. Un problema importante con esta forma de caracterizar al paternalismo, advierten nuestros autores, es que puede sancionar moralmente un comportamiento inaceptable con respecto a los no competentes. A su juicio, que una persona sea incompetente no significa que esté justificado violar normas morales con respecto a él siempre que el resultado de la violación sea beneficioso para él; por el contrario, si el beneficio es pequeño, generalmente no estará justificado engañarlo o privarle de libertad²⁶⁵.

Deontologismo y utilitarismo aparecen de esta manera como dos extremos que se tocan: para el utilitarista de actos su acto paternalista estará justificado porque de él se derivan beneficios netos, mientras que para el deontologista no se tratará de paternalismo porque su paciente no es realmente competente. “Alguien –ironizan nuestros autores- que simplemente se concentrara en el comportamiento relevante, sin embargo, pudiera no ser capaz de distinguir al deontologista estricto del consecuencialista de actos en su trato con aquellos pacientes hacia los cuales los médicos sienten mayores tentaciones de actuar paternalistamente”²⁶⁶.

Otro problema importante, continúan los autores, de hacer verdadero por definición que el comportamiento con incompetentes no es paternalista, es que se convierte un genuino problema moral (justificar el paternalismo) en la cuestión verbal de si la acción es realmente paternalista. Pero la disputa verbal puede tener importantes consecuencias prácticas: En la definición amplia de paternalismo, cualquier violación de una norma moral con respecto a una persona que se ve a sí misma como capaz de tomar sus propias decisiones, hecha por su bien pero sin su consentimiento, cuenta como paternalista y, por tanto, debe considerarse seriamente si está o no justificada. Sin embargo, la definición estrecha, insisten los autores, conduce a que los médicos no se sientan concernidos en justificar la violación de normas morales con aquellos pacientes que consideran incompetentes: el problema es serio porque los médicos suelen considerar incompetentes a aquellos que tratan paternalistamente.

²⁶⁴ *Ibidem.*

²⁶⁵ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 227.

²⁶⁶ *Ibidem.*

De esta manera, el problema de la justificación del paternalismo se desvía al problema de determinar cuándo un paciente es o no incompetente. Ahora bien, a juicio de nuestros autores no existen una línea clara entre la competencia y la incompetencia y, aun si la hubiera, no se ha precisado con la suficiente certeza como para atribuir a esta distinción un papel tan importante para determinar si está justificado o no violar una norma moral con respecto a alguien sin su consentimiento²⁶⁷.

3.5. Consideraciones críticas

3.5.1. Sobre el concepto de paternalismo

A) Elementos definitorios, presupuestos y consecuencias normativas

El análisis conceptual del paternalismo de nuestros autores, concretado en sus diversas propuestas de definición, es una valiosa aportación a la discusión sobre el paternalismo. Sin embargo, en mi opinión, a esta propuesta conceptual se le pueden dirigir algunas observaciones críticas.

En primer lugar, el elemento más original de la propuesta, que el paternalismo consiste en la violación de normas morales, me parece que no es una condición definitoria de la acción paternalista sino una consecuencia normativa de la misma, dadas ciertas asunciones plausibles sobre los principios morales que deben regir las relaciones humanas. Si eliminamos esta condición (“*A reconoce (o debería reconocer) que su acción con S es un tipo de acción que requiere de justificación moral*”), obtendríamos la siguiente definición de paternalismo: (1) *A se propone con su acción beneficiar a S* y (2) *A no cree que su acción tenga el consentimiento pasado, presente o inmediatamente próximo de S* y (3) *A considera que S cree que puede tomar sus propias decisiones sobre el asunto*. Más adelante, haré también unas observaciones críticas sobre la formulación de estas condiciones, pero ahora quisiera examinar qué ámbito de aplicación del término paternalismo obtenemos al eliminar la condición que hace referencia a la violación de normas morales.

De acuerdo con la definición “restringida” (intensionalmente), A cree que su acción benevolente no cuenta con el consentimiento de S, pero esta circunstancia puede darse tanto si S ha rechazado la acción benevolente de A, como si S ni ha consentido ni ha rechazado la acción benevolente de A. Cuando estamos ante el primer caso, el de un sujeto S que se opone a la intervención benevolente de A, creo que todos estaríamos de acuerdo en que la acción es paternalista en virtud únicamente de estos dos elementos: la finalidad benevolente de A y la oposición de S. El problema se puede plantear en relación con el segundo caso: cuando S no ha consentido pero tampoco ha rechazado. Dentro de este segundo caso, se podrían distinguir, a su vez, dos situaciones: primera, cuando S ni ha consentido ni ha rechazado porque es incapaz de hacerlo (sería incompetente incluso para prestar consentimiento simple) y, segunda, cuando S no ha tenido la oportunidad de hacerlo, siendo capaz de expresar al menos un consentimiento o rechazo simple (no válido). En la primera situación, no se trataría de paternalismo porque se incumple la condición (3) de la definición: serían los casos del cuidado del paciente en coma o del bebé. Nos quedaría, por tanto, un último caso: cuando S no ha tenido la oportunidad ni de consentir ni de rechazar el tratamiento, siendo capaz de expresar al menos un consentimiento o rechazo simple (no válido). La utilidad conceptual de introducir la connotación en la definición de paternalismo relativa a la *violación de normas morales* se limita a que permitiría distinguir dentro de este último supuesto entre intervenciones paternalistas y no paternalistas. A mi juicio, sin embargo, en este supuesto bastaría para que se tratara de paternalismo con que *A crea que S no consentiría de haber tenido la oportunidad de hacerlo* y, por tanto, es innecesario añadir la condición referida a la violación de normas morales. La acción paternalista de A lograría que B no haga lo que de otra manera hubiera hecho (por ejemplo, rechazar un tratamiento médico que necesita).

Si observamos el conjunto de los ejemplos, veremos que en todos ellos el agente paternalista o bien se opone directamente a las preferencias de S, o bien priva a S de la oportunidad de expresar sus preferencias en la creencia de que si le brinda esta oportunidad S se opondrá a la intervención benevolente. Cuando el conflicto entre A y S se manifiesta, A acudirá a algún medio idóneo para vencer la oposición de S: por

²⁶⁷ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p 228.

ejemplo, la coacción. Cuando A priva a S de la oportunidad de expresar sus preferencias en la creencia de que si le brinda esta oportunidad S se opondrá a la intervención, A acudirá al engaño o el ocultamiento de información. Si estas conductas requieren siempre de justificación moral depende del sistema moral que consideremos válido.

A este respecto es muy significativo el ejemplo del médico que actúa paternalistamente diciendo la verdad. Nuestros autores incluyen en el ejemplo la circunstancia de que la verdad es “dolorosa” para el paciente, por lo que al decirle el médico violaría la norma moral que prohíbe causar sufrimiento psíquico, pero, más adelante, sin embargo, explicando cómo se puede ser paternalista tanto diciendo la verdad como mintiendo, nuestros autores señalan que para saber qué médico está actuando paternalistamente, si el que dice la verdad o el que miente, hay que ver si está llevando a cabo “aquello que cree que es mejor para el paciente con independencia de los deseos expresados por el paciente”²⁶⁸. En conclusión, lo decisivo para caracterizar como paternalista a la acción de un médico que dice la verdad a su paciente es que, satisfechas las otras condiciones de la definición, el médico crea que el paciente no quiere saber la verdad; lo decisivo para caracterizar como paternalista a la acción de un médico que miente a su paciente es que, satisfechas las otras condiciones de la definición, el médico crea que el paciente quiere saber la verdad. Otra cuestión es que podamos presumir que en general los pacientes quieren saber la verdad sobre su tratamiento y que, en consecuencia, mentir a los pacientes por su propio bien sea generalmente paternalista.

La eliminación de la condición definitoria relativa a la violación de las normas morales permite caracterizar como paternalistas algunos supuestos descartados como tales por nuestros autores por la razón de que no suponen la violación de normas morales y, por tanto, no requieren de justificación (algo sobre la que también, me parece, se podría discrepar)²⁶⁹. Me refiero a los casos que nuestros autores descartan porque mostrarían únicamente que se tiene una *actitud paternalista* (el marido que se lleva sus propias píldoras somníferas de casa para evitar que su mujer, con tendencias suicidas, las tome, o el jugador de tenis que deja de jugar con un amigo porque cree que la frecuencia

²⁶⁸ Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, cit., p. 48; Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine*, cit., p. 130. Véase, igualmente: Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 212.

con la que gana le está afectando negativamente) e, igualmente, aquellos casos que consistirían en la *violación de ideales morales* (quien no da una limosna a un mendigo para evitar que se lo gaste en whisky o, en general, dar subsidios en especie y no en metálico, para evitar que las personas receptoras se lo gasten inadecuadamente). Estos casos han sido considerados por otros autores como paternalismo y creo que en el uso que se hace ordinariamente del término también se calificarían como tales (sobre todo los últimos), por lo que el que no caigan dentro del ámbito de aplicación de la definición de paternalismo propuesta por nuestros autores va en su contra.

Tampoco me parece que sea un elemento definitorio de la acción paternalista la última condición de la definición de 1997: *A considera que S cree que puede tomar sus propias decisiones sobre el asunto*. A mi juicio, se trata de un presupuesto lógico de la acción paternalista si, como he defendido, se acepta que ésta consiste en parte en oponerse a las preferencias del sujeto tratado paternalistamente. Partiendo del presupuesto de que el paternalismo es siempre una acción intencional, si A cree que se opone a las preferencias de S, debe creer que S tiene preferencias al respecto y, por tanto, que puede tenerlas. En consecuencia, la última condición de la definición de *Bioethics...*, sería un presupuesto de la acción paternalista y no un elemento definitorio (el otro presupuesto fundamental sería que A cree saber mejor que S qué es lo que le conviene a S).

B) El paternalismo y la ausencia de consentimiento anterior

Como ya he tenido oportunidad de sostener anteriormente, me parece dudoso descartar que sean casos de paternalismo aquellos en los que se cuenta con un consentimiento anterior del sujeto. Me refiero, por supuesto, a los casos en que este consentimiento anterior es revocado en el momento de la intervención paternalista, es decir, al tipo de casos que se suelen denominar “contratos Ulises”. Mis dudas son al respecto de si la ejecución de los denominados “contratos Ulises” debiera ser considerada un supuesto de paternalismo, cuya justificación es más fácil por la existencia de un consentimiento anterior.

²⁶⁹ Insisto en que si el paternalismo requiere siempre de justificación depende de las tesis que sostengamos sobre el contenido de la moral, su alcance, etc. Por las razones que explicaré más adelante, en el último capítulo, creo que también estos casos requerirían de justificación.

3.5.2 Sobre la justificación del paternalismo

Estoy básicamente de acuerdo con la solución propuesta por nuestros autores a los casos de paternalismo estudiado. Por ello, me centraré en este apartado en algunas consideraciones que me parecen muy importantes sobre la teoría que sirve de marco a la justificación de estos casos. No obstante, limitaré mis consideraciones críticas a aquellos aspectos que se mantienen más apegados a la cuestión del paternalismo en particular y a la bioética en general.

El enfoque general de *Bioethics...*, es, como indica su subtítulo “*A Return to Fundamentals*”, una fuerte crítica al pluralismo²⁷⁰ en bioética, paradigmáticamente ejemplificado por el “principialismo”. La propuesta sería volver a la tradición en la filosofía moral de incardinar las propuestas normativas concretas en una teoría moral completa, sistemática, coherente y unificada. Volver a los “fundamentos” es volver a las cuestiones de “fundamentación”. Este enfoque general presupone una concepción de la filosofía moral muy ambiciosa, demasiado ambiciosa, a mi entender, puesto que uno no puede dejar de experimentar un gran escepticismo ante el filósofo moral que cree haber dado con la teoría moral correcta. No obstante, para ser justos con las propuestas de nuestros autores hay que entender contra quien, en parte, van dirigidas. Efectivamente, el principialismo que se ha extendido entre los comités de ética, bioeticistas, médicos, etc., se concreta, en muchas ocasiones, en una torpe manera de argumentar *ad hoc* y con insuficiencia de razones, pero eso sí repitiendo siempre la cantinela “de acuerdo con el principio de autonomía tal cosa” o “de acuerdo con el principio de beneficencia tal otra”, etc. Esta situación también puede darse con la mejor de las teorías morales (que sea usada de forma simplificada y distorsionada), pero el enfoque de los principios, y aquí viene la crítica, habría favorecido esta mala práctica con su descuido de las cuestiones de fundamentación y su apertura al pluralismo. Entendida la idea de “volver a los fundamentos” como una crítica a esta mala práctica, como una vuelta al rigor y el análisis, me parece inatacable. De acuerdo con nuestros autores, las primeras versiones de

²⁷⁰ Por “pluralismo” ha de entenderse aquí la búsqueda de soluciones a problemas morales concretos utilizando la teoría ética (utilitarismo, kantismo, etc.) que para el caso parece más pertinente.

la doctrina de los principios de Tom L. Beauchamp y James F. Childress habrían propiciado esta situación y, en cierta medida, adolecerían de los mismos defectos.

La pretensión de nuestros autores iría, sin embargo, más allá y, a pesar de que en diversas ocasiones han señalado que el principialismo de Tom L. Beauchamp y James F. Childress de las últimas versiones ya se acerca mucho a su posición, todavía mostrarían algunos importantes desacuerdos. Veamos hasta qué punto ambas teorías divergen. De un lado, Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner Clouser han sostenido enfáticamente que ambos enfoques son diferentes y que la similitud es “puramente superficial”²⁷¹, de otro lado, Tom L. Beauchamp²⁷² o Henry S. Richardson²⁷³ han sostenido que ambos puntos de vista son similares. El punto de coincidencia más obvio es al respecto del carácter “*prima facie*” de las normas morales más importantes: en ambos enfoques se parte de una serie de normas que señalan ciertos comportamientos como obligatorios o prohibidos y que son tan sólo *prima facie* aplicables. Para ambos enfoques hay un pequeño conjunto de normas morales fundamentales (no son teorías monistas) que iluminarían el camino a seguir para resolver nuestros problemas morales.

Sin embargo, la primera discrepancia se produce en torno a la naturaleza de esas normas morales fundamentales: mientras que unos hablan de “reglas” los otros hablan de “principios”. Podemos preguntarnos, en primer lugar, si esto es sólo una forma de hablar o refleja diferencias de fondo entre ambas teorías. De un lado, la crítica, que hemos visto, de Bernard Gert y los coautores al enfoque de los principios sostiene que sus “reglas”, a diferencia de los principios de la bioética, son verdaderas normas. De otro lado, Tom L. Beauchamp y James F. Childress afirman que las “reglas” de la teoría de la regla imparcial (así llaman a la teoría de Bernard Gert y los coautores) son únicamente normas especificadas, en un primer nivel de especificación, a partir de alguno de sus principios²⁷⁴. A mi juicio, la discrepancia se puede explicar aplicando la teoría de los

²⁷¹ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: “Common Morality versus Specified Principlism: Reply to Richardson”, en *Journal of Medicine and Philosophy*, 25 (2000), n° 3, p. 318.

²⁷² Véase: Beauchamp, Tom L.: “Principles or rules?”, en Kopelman, L. M.: *Building Bioethics: Conversations with Clouser and Friends on Medical Ethics*, ed. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999, pp. 15-24.

²⁷³ Véase: Richardson, Henry S.: “Specifying, balancing, and interpreting bioethical principles”, en *The Journal of Medicine and Philosophy*, 25 (2000), n° 3, pp. 285-307.

²⁷⁴ Beauchamp, Tom L. y James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, cit., p. 389.

principios de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero que vimos más arriba. Las reglas propuestas en la teoría moral de Bernard Gert serían el equivalente a los principios en sentido estricto de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Los principios últimos de la moral serían para todos estos autores normas que esencialmente fijan límites a la persecución de objetivos sociales. El carácter de límite se concreta en que el modelo de conducta prescrita por el principio queda determinado: no matar, no mentir, no discriminar, etc. Otra cosa serían, como vimos, las directrices, que establecen objetivos a perseguir y cuyo modelo de conducta prescrita queda indeterminado. Para Bernard Gert las normas morales últimas sólo podrían ser principios en sentido estricto y nunca directrices. Su objeción principal a Tom L. Beauchamp y James Childress, utilizando estas categorías, sería que sus principios incorporan ambas cosas. De ahí que, en realidad, pudiéramos aventurar que el *enfoque de los principios* es, en realidad, una doctrina sobre los valores morales (de donde se derivarían exigencias de principios y objetivos valiosos).

Otra diferencia entre ambas teorías sería que en el enfoque de la “moralidad común” no hay principios específicos de la bioética²⁷⁵. Sin embargo, como se dijo anteriormente, no creo que los principios de la bioética propuestos por Tom L. Beauchamp y James F. Childress sean otra cosa que los principios (o valores) últimos de la ética en general, por lo que esta diferencia entre ambas teorías sería puramente nominal: en lugar de hablar de principios de ética biomédica hubiera sido mejor hablar de “principios de la ética” puestos en relación con problemas de biomedicina.

Igualmente, el contenido de los principios no es equivalente: con frecuencia se ha dicho que todas las reglas morales de Bernard Gert y Charles M. Culver se resumirían en el principio de no maleficencia. Aquí estaríamos ante el mismo problema de la falta de distinción entre principios en sentido estricto y directrices. Para estos autores lo que no pueden ser principios últimos de la moral son exigencias como promover la autonomía, maximizar el bienestar, buscar una distribución lo más justa posible, etc. Estos son para ellos objetivos (que la moral alienta a alcanzar) pero no límites que la moral impone.

²⁷⁵ Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: “Common Morality versus Specified Principlism: Reply to Richardson”, *cit.*, p. 309.

Finalmente, aceptado cierto “fundacionismo” por parte de Tom L. Beauchamp y James F. Childress en las últimas versiones de su teoría (en torno la idea de moralidad común), el punto más problemático, por lo que a las diferencias y similitudes entre ambas doctrinas se refiere, reside en el método para resolver problemas morales concretos a partir de estos principios. De acuerdo con nuestros autores, el enfoque de la moralidad común, a diferencia del enfoque de los principios, considera que el sistema moral incorpora, además de las normas morales, un procedimiento para resolver disputas morales.

El *enfoque de los principios*, sugieren nuestros autores, estaría realmente basado en la idea de ponderación y continuaría la línea de pensamiento de David Ross, pero no así el *enfoque de la moralidad común*, que ofrece un método articulado en torno a los dos pasos que hemos visto. Sin embargo, como sostuve en los comentarios críticos al enfoque de los principios, si no se interpreta a la ponderación como una operación puramente intuitiva es posible construir un método de la ponderación que, suficientemente explicitado, guarda fuertes analogías con el procedimiento de justificación del enfoque de la moralidad común. Como ya señalé, el método de la ponderación de principios que se ha venido desarrollando en el contexto de la argumentación jurídica de los últimos años sería el modelo.

El método de la ponderación se asienta sobre las dos mismas premisas básicas que el método de la moralidad común: primero, la solución a un caso de colisión de principios se obtiene atendiendo a las circunstancias moralmente relevantes del caso y, segundo, la solución al caso se expresa mediante una regla (general y abstracta) que se aplicará en el futuro a todos los casos relevantes.

La lista de propiedades morales relevantes me parece una interesante guía para llevar a cabo buenas ponderaciones. Nuestros autores piensan, en parte, en proporcionar pautas de comportamiento a los médicos y no sólo un método de justificación que *ex post facto* sirva para presentar como aceptable moralmente la decisión tomada. De ahí, su preocupación por la claridad y por presentar un método que realmente sirva para saber cómo debe actuarse frente a una determinada situación. Pero incluso si nos fijamos en la

ponderación como justificación, esta lista podría servir como guía y test de una correcta ponderación. Además, creo que tratar de responder ordenadamente a las diez cuestiones propuestas por nuestros autores sería una buena forma de aprender a razonar correctamente con principios.

En segundo lugar, el segundo paso del método de justificación de la violación de normas morales podría utilizarse para tener presente algunas de las implicaciones más relevantes de la tesis de que el resultado de la ponderación no es una solución *ad hoc*, válida sólo para el caso particular, sino una regla formulada en forma general y abstracta. De un lado, está el principio de universalidad formal que no debe ser nunca violado, pero cuyo cumplimiento no asegura en absoluto la corrección de la solución propuesta. De otro lado, la idea de las consecuencias normativas y, en última instancia, fácticas de adoptar universalmente una solución u otra.

4. La propuesta de Allen Buchanan

4.1. Ampliación del concepto de paternalismo: secretos y mentiras

Allen Buchanan considera que todavía a finales de la década de los setenta del pasado siglo el paternalismo médico era el modelo predominante de la relación entre el médico y su paciente en EE.UU. Este autor toma como punto de partida el concepto de paternalismo de Gerald Dworkin que, como hemos visto, descansa sobre la noción de interferencias en la libertad de acción. A su juicio, la definición de Gerald Dworkin es demasiado estrecha porque: por ejemplo, “si un gobierno miente al público o retiene información, y la justificación alegada de esta política es que beneficia al público mismo, la política puede ser llamada propiamente paternalista”²⁷⁶. Allen Buchanan sostiene, además, que este paternalismo que consiste en engañar u ocultar información es central en el modelo paternalista de las relaciones entre el médico y el paciente.

²⁷⁶ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism*, cit. p. 61. Este artículo fue originalmente publicado en *Philosophy & Public Affairs*, 7, Nº 4 (Summer, 1978), pp. 371-90, y reimpresso en M. Cohen, T. Ángel y T. Scanlon (eds.): *Philosophy & Public Affairs Reader: Medicine and Moral Philosophy*, ed. Princeton University Press, Princeton, 1982, pp. 214-234.

Allen Buchanan rechaza que el engaño o la privación de información puedan reducirse a la idea de *interferencias con la libertad de acción*: “aun si estoy privado de la información que necesito –dice Allen Buchanan- para tomar una decisión informada, todavía puedo ser libre para decidir y actuar”²⁷⁷. En consecuencia, se propone la siguiente definición:

*“Paternalismo es la interferencia con la libertad de acción o la libertad de información de una persona, o la propagación deliberada de desinformaciones, o hacer caso omiso de la decisión de una persona de no recibir información, cuando esto es hecho supuestamente por el bien de esta persona”*²⁷⁸.

Nuestro autor explica que el “paternalismo ocurre siempre que las oportunidades de una persona para decidir o actuar, o su decisión sobre las condiciones bajo las cuales decidirá o no, son interferidas, presuntamente por su propio bien”²⁷⁹.

Esto en cuanto a las características que definen el paternalismo; en cuanto a las características contingentes y que dan pie a clasificar tipos de paternalismo, Allen Buchanan señala que en el contexto del paternalismo médico hay dos distinciones especialmente importantes: a) *según el estatus legal del paciente*: casos en que el sujeto tratado paternalistamente es competente y casos en que es incompetente; y b) *según el objeto del paternalismo*: casos en que el sujeto tratado paternalistamente es el paciente y casos en que es el tutor o la familia del paciente.

Los casos de paternalismo médico en relación con el control de la información son fundamentalmente de dos tipos: unos se refieren al diagnóstico (por ejemplo, no informar de la existencia de un cáncer) y otros se refieren a los riesgos implicados en los posibles tratamientos. La práctica, no obstante, es muy compleja y hay que estar atentos, además,

²⁷⁷ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit. p. 62.

²⁷⁸ En esta definición Allen Buchanan trata de incluir los casos en que se informa a alguien contra su voluntad y por su propio bien. Se trata de una definición más amplia que una primera propuesta del mismo autor que no incluye esta circunstancia: “*Paternalismo –dice Allen Buchanan- es la interferencia con la libertad de acción o la libertad de información de una persona, o la propagación deliberada de desinformaciones, cuando la justificación alegada para interferir o desinformar es que es por el propio bien de la persona interferida o desinformada*”, en Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit., p.62.

²⁷⁹ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, cit., p.62.

a supuestos en los que, por ejemplo, si bien se informa se hace de una manera tan escueta que no permite realmente que los afectados presten su consentimiento informado.

4.2. La justificación del paternalismo médico

A juicio de nuestro autor, las prácticas paternalistas suelen justificarse aduciendo tres argumentos principales: a) el argumento de la prevención de daño, b) la versión contractual del argumento de la prevención de daño, y c) el argumento de la incapacidad para comprender.

4.2.1. El argumento de la prevención de daño

Este argumento puede presentarse de la siguiente manera:

- “1.- El deber del médico –al cual está sujeto por el juramento de Hipócrates– es evitar o al menos minimizar daños al paciente.
- 2.- Dar al paciente la información X le producirá graves daños.
- 3.- (En conclusión) es permisible para el médico no proporcionar la información X al paciente.”²⁸⁰

Nuestro autor considera que el argumento no es válido en esta forma porque requiere de la adición de la siguiente premisa: “2’.- *dar la información X producirá un daño mayor al paciente que no darla*”. Al hacer explícita esta premisa se pone de manifiesto, y este es el punto central en la argumentación, la complejidad del razonamiento que debe enfrentar el médico paternalista: “El mayor fallo en este modelo –explica Allen Buchanan– es que no sólo sobreestima el conocimiento y los poderes de juicio de los médicos y subestima su falibilidad, sino que también confunde sistemáticamente juicios de pericia médica con juicios morales”²⁸¹.

²⁸⁰ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p.66.

²⁸¹ Buchanan, Allen E.: “Limits of Proxy Decision-making”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 156.

Allen Buchanan comenta dos casos en particular: el paternalismo en relación con enfermos terminales y el paternalismo en relación con los padres de niños recién nacidos con problemas muy graves.

En el caso de los enfermos terminales, Allen Buchanan constata que los médicos que ocultan el diagnóstico a sus pacientes suelen hacerlo con el fin de evitar que sufran reacciones adversas tales como una depresión suicida. Sin embargo, también se constata que los médicos no disponen en general de pruebas que fundamenten que no informar producirá menos daños que informar. Además, en estos casos de enfermos terminales, hay tres factores que hacen dudoso, en opinión de Allen Buchanan, que sea posible aplicar correctamente el *principio de la prevención de daño*: primero, la afirmación de que la información completa al paciente producirá en éste una depresión suicida es una *generalización psiquiátrica* no cualificada que, desde luego, no parece al alcance de los médicos ordinarios²⁸²; segundo, cabe dudar de si incluso los psiquiatras están en condiciones de hacer tal generalización; y tercero, se asume (injustificadamente) por parte de los médicos que el suicidio es una elección irracional en el caso de un paciente terminal.

En el caso de los parientes, principalmente los padres, de un recién nacido con graves problemas, Allen Buchanan también constata la existencia de una práctica generalizada de ocultar información o decidir por los padres para evitarles la angustia de tomar una decisión difícil. Aquí parece que el paternalismo médico tiene una base más frágil todavía porque, en principio, la práctica paternalista suele justificarse tan sólo para las relaciones entre los médicos y sus pacientes y no es aceptable entender que por el simple hecho de ser el pariente de un paciente debemos convertirnos también en pacientes del médico. Además, en este caso la aplicación del principio de prevención de daño implica un cálculo utilitario todavía de mayor complejidad que el que se requiere en el paternalismo sobre los pacientes:

“En predecir si decir la verdad u ocultar información – explica Allen Buchanan- causará el menor daño a la familia en su conjunto, el médico debe primero hacer comparaciones intrapersonales de daño y beneficio para cada

²⁸² Donald VanDeVeer comparte esta idea de Allen Buchanan acerca de las indebidas generalizaciones psiquiátricas en: VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions*, cit., pp. 192 y 193.

miembro de la familia, si tal información está disponible. Luego, debe combinar de alguna forma estos diversos juicios de daño neto en una estimación del efecto negativo total que difundir la información tendrá en la familia como un todo. Entonces, debe cuestionarse similares juicios intra e interpersonales de daño neto sobre los resultados de no decir la verdad. Finalmente, debe comparar estos totales y determinar qué curso de acción minimizará el daño a la familia como un todo”²⁸³.

Por último, en relación con las complejidades del cálculo utilitario hay que tener en cuenta que en muchos casos, si no todos, de enfermedades terminales los pacientes descubren por sí mismos la gravedad de su estado y, en consecuencia, lo único que consigue el médico paternalista es una quiebra de la confianza de su paciente.

En cuanto al segundo fallo del modelo, los médicos paternalistas confunden dos tipos de juicio de daño/ beneficio muy diferentes: por una parte, los que se refieren a la salud del paciente (incluso, la salud mental) y, por otra, los que se refieren al valor de la vida del paciente considerada como un todo²⁸⁴. De nuevo en el caso de los pacientes terminales, el médico paternalista no sólo necesita de un profundo conocimiento de la vida pasada del paciente (sus compromisos vitales, sus respuestas anteriores a las crisis, etc.), que dadas las circunstancias de la práctica médica actual no suele estar a su alcance, sino que debe evaluar qué será mejor para el paciente desde el punto de vista del paciente mismo; es decir, no se trata de decidir según lo que el médico piensa que sería mejor para él mismo o para la sociedad en general²⁸⁵.

²⁸³ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, p.68.

²⁸⁴ Donald VanDeVeer coincide con Allen Buchanan en considerar central este punto para criticar el modelo tradicional paternalista de las relaciones entre médico y paciente: “El énfasis comunmente atribuido a que ‘el doctor sabe más’ –dice Donald VanDeVeer- y la pretensión razonable de que el médico es un experto en relación con el diagnóstico médico y el tratamiento médico aconsejable tiende a obscurecer el hecho de que lo que es en el interés global del paciente supone consideraciones de interés que no son ‘médicas’ en absoluto”. Véase: VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions*, cit., pp. 186 y ss.

²⁸⁵ Donald VanDeVeer aporta un interesante argumento en defensa de la tesis de las dificultades insuperables de los médicos para juzgar sobre lo que es mejor para los intereses globales de sus pacientes. Según éste, la información es un producto que, a diferencia de otros, “con frecuencia no sabemos cuanto vale para nosotros hasta que no lo poseemos”. En consecuencia, un dilema surge para los médicos: “Si el médico tiene que decidir si revelará la información por medio de decidir primero si es en interés global del paciente tenerla, no puede determinar la importancia que el paciente otorga a tal conocimiento (por la asunción de que el paciente carece de tal conocimiento en ese momento)”; Véase: VanDeVeer, Donald: *Paternalistic Interventions*, cit., pp. 193-194. En mi opinión, este argumento tiene peso contra la práctica médica paternalista de ocultar el diagnóstico; sin embargo, no puede ser un argumento contra el modelo del paternalismo médico porque apoya la práctica, que también merece ser considerada paternalista, de dar información aun cuando el paciente prefiera no saber. En este caso, la negativa del paciente a ser informado no merece ser tomada en cuenta porque el paciente no está en condiciones de valorar la posesión de una información que desconoce. Vale la pena recordar aquí la opinión de John S. Mill según la cual “las

4.2.2. La versión contractual del argumento de la prevención de daño

Sucintamente, esta versión contractual del argumento de la prevención del daño proporciona al médico paternalista la justificación derivada de la máxima *volenti non fit injuria*; es decir, quien actúa con el consentimiento de otro puede que lo dañe pero no se comporta injustamente con él. Ahora bien, como señala Allen Buchanan, a esta justificación se le pueden dirigir las mismas objeciones que se han considerado sobre las limitaciones del juicio de los médicos y la confusión entre las decisiones técnicas y morales y, además, añadir otras.

La pretensión de concebir la relación médico-paciente como un contrato que autoriza al médico a evitar o minimizar daños al paciente por cualquier medio, incluido el engaño, puede interpretarse de dos maneras: como una generalización descriptiva o como una propuesta normativa.

Como generalización descriptiva de la práctica médica no parece, a juicio de nuestro autor, que la mayoría de la gente conciba la relación con su médico como incorporando una autorización del engaño y, además, la doctrina legal del consentimiento informado apoya rotundamente la concepción contraria. Por otro lado, si algún individuo en particular suscribiera un contrato con su médico en estos términos, efectivamente el comportamiento del médico no sería ilegítimo pero, señala Allen Buchanan, tampoco sería paternalista “porque lo que es hecho con permiso ya no es una interferencia del tipo que describe la definición de paternalismo”²⁸⁶. En todo caso, del hecho de que algunos pacientes suscriban contratos de este tipo no puede derivarse que en relación con los que no los han suscrito también sea legítimo comportarse de la misma manera. Tampoco ha de aceptarse, explica Allen Buchanan, una posible contrarréplica del médico paternalista según la cual aun cuando no haya autorización, el comportamiento lingüístico o de otro

personas inculcas no pueden ser jueces competentes de la cultura” en Mill, John Stuart: *Principios de economía política*, ed. FCE, 1978, pp. 814-815, (trad. de Teodoro Ortiz), que sería una ilustración, a mi juicio, de la inapelable afirmación general: las personas que desconocen *X* no pueden ser jueces competentes del valor de *X*.

²⁸⁶ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 71.

tipo de los pacientes permite presumir, en muchos casos, que tal autorización existe, porque una autorización es un acto de comunicación muy específico que convencionalmente significa una declaración de voluntad, dirigida a crear o extinguir obligaciones a otros, y que no es presumible²⁸⁷.

Desde el punto de vista normativo, Allen Buchanan sostiene que si un paciente autorizara a un médico a engañarle, esto indicaría alguna de las siguientes posibilidades:

“(a) que no se concebía el contrato como condicional, (b) que no se tomaba en serio la posibilidad de que las condiciones del contrato pudieran ser violadas o (c) que simplemente no se preocupa de si las condiciones fueron violadas. Dado que es generalmente irrazonable esperar que un paciente haga un contrato incondicional o que ignore la posibilidad de que las condiciones del contrato serán violadas, y dado que normalmente preocupa si las condiciones serán violadas, es generalmente irrazonable autorizar al médico ocultar información siempre que a él le parezca bien. Y si esto es generalmente irrazonable, entonces no es plausible pretender que simplemente porque se ha constituido la relación puede o debe considerarse que el paciente ha autorizado al médico a ocultar información siempre que le parezca bien. Concluyo, entonces, que tanto en la interpretación descriptiva como en la normativa, la versión contractual del argumento de la prevención de daño no es mucho mejor que su predecesora”²⁸⁸.

4.2.3. El argumento de la incapacidad para comprender

Según este argumento, el médico puede justificadamente ocultar información cuando el paciente o su familia son incapaces de comprender dicha información. A juicio de Allen Buchanan, contra este argumento pueden presentarse una serie de razones. Primera, que, como en los casos anteriores, parece basarse en “generalizaciones psicológicas extremadamente amplias”²⁸⁹. Segunda, en un contexto institucional conformado según un modelo paternalista, la creencia de que los pacientes no van a entender lo que se les dice puede terminar siendo verdadera por el propio contexto. Tercera, el deber legal de los médicos no es asegurar que toda la información que

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 72.

²⁸⁹ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 73.

proveen es entendida, sino “hacer un esfuerzo razonable para ser comprendido”²⁹⁰. Por último, cuando la información debe presentarse a los parientes para que decidan por el paciente (por ejemplo: a los padres de niños recién nacidos con problemas) si la razón de ocultarla es evitar que tomen una decisión perjudicial para el paciente, entonces, no se trata de un caso de paternalismo hacia los parientes; si la razón es evitar algún daño a los propios parientes (por ejemplo: la angustia de decidir), entonces vale lo dicho en relación con el argumento de la prevención de daño.

4.3. Medidas terapéuticas ordinarias y extraordinarias

Uno de los rasgos más importantes del modelo del paternalismo médico, de acuerdo con nuestro autor, es que *todas* las decisiones importantes que atañen al paciente son consideradas decisiones puramente médicas y, en consecuencia, corresponde al médico tomarlas, con lo que se desvanece el límite entre decisiones propiamente médicas y juicios de otro tipo: por ejemplo, juicios morales. La forma en que se traza la distinción entre medidas terapéuticas ordinarias y extraordinarias ilustra con claridad este aspecto del modelo.

En relación con las condiciones en las que está justificado que los médicos desconecten los aparatos de soporte vital que permiten la prolongación de la vida (como, por ejemplo, la respiración asistida), Pio XII, en su Encíclica *La prolongación de la vida*, señaló que el deber de los médicos de preservar la vida y la salud se aplicaba tan sólo con respecto al uso de *medios ordinarios*, “de acuerdo con las personas, lugares, tiempos y culturas- medios que no suponen ninguna grave carga para unos u otros”²⁹¹. Allen Buchanan llama la atención sobre que Pio XII asume que es un derecho de los médicos decidir cuándo se trata de medios ordinarios o de medios extraordinarios, de manera que se refuerza la interpretación (dominante) de esta distinción según la cual estaríamos ante una decisión eminentemente tecnológica. Sin embargo, es claro que la cuestión de qué constituye una *grave carga* para el paciente o sus familiares es moral y no tecnológica. Cuando se trata de los familiares del paciente, sostiene Allen Buchanan, no cabe duda

²⁹⁰ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 73.

²⁹¹ Pio XII, Encíclica “La prolongación de la vida”. La cita está recogida de: Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p.74.

que se trata de una cuestión moral y, en cuanto al paciente mismo, es muy implausible sostener que se trata de una decisión tecnológica determinar qué constituye para él una grave carga, “pues inmediatamente somos confrontados a la tarea de hacer distinciones morales y evaluaciones morales acerca de la calidad de la vida del paciente y sus intereses como persona”,²⁹².

En algunas ocasiones, explica Allen Buchanan, se entiende “medidas extraordinarias” en un sentido más amplio como aquellas que ya no sirven para ningún propósito significativo; estándar este último que no puede aplicarse sino es por medio de juicios acerca de la calidad o valor de la vida del paciente. Estos juicios no son, insiste nuestro autor, juicios técnicos: En primer lugar, hay dos maneras de entender la noción de “calidad de vida”: a) en un sentido comparativo, en el que “el valor de un individuo es comparado con el de otros de acuerdo con alguna concepción de la utilidad social o en términos de la contribución individual a la sociedad”,²⁹³; o b) en un sentido no comparativo, en el que se juzga la calidad de vida de un individuo para él y no en relación con los otros según ciertos criterios de utilidad social. Pues bien, la decisión sobre cuál de estos dos sentidos es relevante es, sin duda, moral. En segundo lugar, una vez tomada la anterior decisión, hay que determinar qué es un nivel aceptable de calidad de vida, suficiente para que un tratamiento tenga un propósito significativo, lo cual, de nuevo, implica un juicio moral.

Para finalizar, Allen Buchanan nos provee de un ejemplo muy significativo del tipo de razonamiento moral que se oculta detrás de la distinción entre medidas terapéuticas ordinarias y extraordinarias: el director de una unidad de cuidados intensivos para recién nacidos consideraba que la corrección quirúrgica de un bloqueo gastrointestinal congénito era una medida “ordinaria” si el niño era normal en todos los demás aspectos, pero era “extraordinaria” si se trataba de un niño con síndrome de Down.

4.4. Buenas razones para criticar el paternalismo sin acudir a argumentos basados en derechos

²⁹² Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 75.

²⁹³ *Ibidem.*

Allen Buchanan reconoce que es plausible sostener que los argumentos basados en derechos son los más fuertes para criticar el paternalismo. Sin embargo, reconoce que sus críticas contra el argumento de la prevención de daño y de la incapacidad para comprender son estrictamente consecuencialistas y que la crítica de la versión contractual del argumento de la prevención de daño, si bien no es estrictamente consecuencialista, al menos tampoco está basada en la afirmación de derechos del enfermo o del paciente. Por ello, nuestro autor cree necesario explicar por qué no ha acudido a argumentos basados en derechos.

Allen Buchanan afirma que si el derecho general relevante contra el paternalismo es el derecho *general* de libertad, entonces se presentan problemas sobre si tal derecho existe y sobre cuál es su contenido. Más aun, la difícil distinción entre limitaciones legítimas y violaciones a este derecho debe hacerse de manera que no se caiga en una petición de principio al respecto del paternalismo. Igualmente, si la crítica se basa en un derecho *especial* al consentimiento informado (basado en la especial relación médico-paciente o en la existencia de un contrato), el médico paternalista podrá replicar que al presumir meramente la existencia de tal derecho, de nuevo, se prejuzga la cuestión sobre si el paternalismo está o no justificado²⁹⁴.

Allen Buchanan reconoce que al abandonar la vía de los argumentos basados en derechos queda expuesto a réplicas paternalistas de tipo utilitarista, así, por ejemplo, la que le ha dirigido Alan Goldman²⁹⁵ en el sentido de que tan difícil es prever las buenas consecuencias de no informar (como pretende el médico paternalista) como prever las buenas consecuencias de informar (al menos, que será menos malo decir la verdad). Ante esta objeción, reconoce Allen Buchanan, la tentación de recaer en argumentos basados en derechos es enorme, porque si se entienden los derechos como “triumfos” podemos rechazar siempre cualquier consideración de utilidad personal o social que pretenda realizarse a costa de tales derechos. Igualmente, en una concepción de los derechos más débil pero también, a juicio de nuestro autor, más aceptable, los derechos prevalecen siempre excepto cuando la utilidad satisfecha al no tomar en cuenta el derecho es muy

²⁹⁴ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism*, cit., p.77.

²⁹⁵ Goldman, Alan: *The Moral Foundation of Profesional Ethics*, ed. Roman and Littlefield, Totowa, New Jersey, 1980.

grande. Esta cláusula de excepción debe aplicarse rigurosamente para no dejar sin contenido a los derechos y, además, requeriría, explica Allen Buchanan, de un añadido: podrá aplicarse sólo “cuando la predicción sobre la ganancia en utilidad presenta un alto grado de certeza”²⁹⁶. Si, como pretende Allen Buchanan, esta condición epistémica debiese ser observada con un rigor especial en el contexto médico, dada la complejidad de los razonamientos de daño y beneficio que se producen y la tendencia de los médicos a sobreestimar su propia capacidad de juicio, entonces parece que tampoco la versión débil de los derechos permitiría intervenciones paternalistas.

No obstante, de nuevo Allen Buchanan insiste en que estos argumentos basados en derechos no son los únicos efectivos contra el paternalismo. A su juicio, la crítica de Allan Godman a los argumentos consecuencialistas da por sentado correctamente que los médicos tienen que evaluar siempre las consecuencias de sus decisiones médicas, pero de ahí no se deriva que puedan (y deban) tomar decisiones basadas en consideraciones morales o en generalizaciones psicológicas. No solamente no hay razón para pensar que los médicos deben tomar estas decisiones de carácter moral o basadas en generalizaciones psicológicas, sino que, a juicio de Allen Buchanan sí que hay razones, dadas “las condiciones impersonales de la práctica médica altamente especializada”²⁹⁷, para pensar que el médico se halla en peor posición que el paciente o la familia para tomarlas.

Por otro lado, se puede ir algo más allá del consecuencialismo estricto sin recaer en las teorías basadas en derechos. Se puede sostener, explica Allen Buchanan, que aunque, por ejemplo, no existe un derecho al consentimiento informado sí que es válida una norma moral que obliga a decir la verdad y que, al menos, funda una presunción moral: de manera que quien pretenda mentir debe mostrar que o bien la norma general no es válida, o bien el caso particular constituye una excepción justificada a la norma. Así, explica Allen Buchanan, caería en los hombros del paternalismo médico el justificar la mentira; los argumentos consecuencialistas anti-paternalistas expuestos por Allen Buchanan pueden reinterpretarse como la muestra del fracaso de los médicos en satisfacer esta carga de la prueba.

²⁹⁶ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, p.78.

²⁹⁷ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 79.

En conclusión, afirma Allen Buchanan que sus argumentos anti-paternalistas pueden verse de tres maneras:

“1) como argumentos estrictamente consecuencialistas; 2) como argumentos que muestran que las justificaciones paternalistas consecuencialistas para derrotar la presunción moral contra no informar no vencen adecuadamente tal presunción; y 3) como argumentos que muestran que, aunque hay casos en que las consideraciones consecuencialistas limitan o incluso desplazan al derecho al consentimiento informado, tales casos son mucho más raros y mucho más difíciles de identificar prospectivamente con cierto grado de certeza de lo que el paternalista médico asume”²⁹⁸.

4.5. Consideraciones críticas

4.5.1. Sobre el concepto de paternalismo

En la definición de Allen Buchanan de paternalismo se nos propone considerar paternalistas a los comportamientos benevolentes que consisten en una serie de acciones que aparecen en una relación de disyunción: el paternalismo es la interferencia con la libertad de acción o la libertad de información, o., etc. Esta definición tiene la virtud de ser lo suficientemente amplia como para recoger los casos más frecuentes de paternalismo médico, en los cuales el medio de que se vale preferentemente el médico paternalista no es la coacción sino el control de la información que se pone a disposición del paciente.

Sin embargo, para el teórico la definición puede ser insatisfactoria porque plantea inmediatamente la duda de si esa serie de acciones en relación de disyunción pueden ser englobadas bajo una descripción de un acción más general, que es en lo que consistiría, en definitiva, el paternalismo. Una posibilidad sería señalar que el paternalismo consiste básicamente en oponerse a las preferencias (auto-referentes) de la persona que se trata de beneficiar. A mi juicio, esta sería una posición compatible con la de autores que, como Tom L. Beauchamp, James F. Childress, Joel Feinberg o Gerald Dworkin, han insistido en que el paternalismo es problemático moralmente porque no respeta el principio de autonomía individual.

Si esta última es una caracterización adecuada del paternalismo, la definición de Allen Buchanan sería, además, inadecuadamente estrecha. Como vimos, Gerald Dworkin sostiene que esta definición dejaría fuera casos que se suelen considerar paternalistas: por ejemplo, el caso del jugador de tenis que deja de jugar con un amigo a quien siempre gana, a pesar de los deseos de éste último, porque cree que le está afectando negativamente²⁹⁹. Otros ejemplos quizás más convincentes serían el del médico que se niega a hacer una nueva operación de cirugía estética a una persona que lo desea fuertemente porque cree que se perjudica al perseguir la felicidad modificando su aspecto físico, o el del catedrático que se niega a dirigir una tesis a un estudiante, que es lo que él más desea en este momento, porque piensa que a la larga no se adaptará a la vida académica, etcétera.

4.5.2. Sobre la justificación de paternalismo

Los argumentos de Allen Buchanan me parecen acertados si se entienden dirigidos contra el *modelo* del paternalismo médico, entendido éste como el tipo ideal de una estructura de relaciones orientada por la idea de paternalismo. Efectivamente, este modelo descansaría sobre una serie de tesis acerca del conocimiento por parte de los médicos de los intereses de sus pacientes y de las limitaciones de conocimientos y capacidad de comprensión de estos últimos que, si en algún momento histórico fueron ciertas, no lo parecen en la actualidad, al menos en el contexto de los países industrializados.

Sin embargo, si las críticas se entienden dirigidas contra los comportamientos paternalistas que ocasionalmente pueden darse, y pretenderse justificados, en el contexto de una asistencia sanitaria no paternalista, me parecen más difíciles de aceptar.

En general, en mi opinión, Allen Buchanan exagera las dificultades del cálculo consecuencialista. Seguramente es cierto que, como sostiene nuestro autor, se presupone demasiado fácilmente que la información desfavorable para el paciente, cuando se trata de enfermos muy graves, puede producir una “depresión suicida” y que es muy difícil

²⁹⁸ Buchanan, Allen E.: “Medical Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 80.

²⁹⁹ Véase: Dworkin, Gerald: “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 106. Véase, igualmente, el apartado 4.1. del capítulo II de esta tesis.

saber cómo reaccionara una persona ante una completa información. Pero seguramente también es cierto que habrá algunos casos claros en los que es razonable creer que tal depresión se producirá. Quizás se abuse del argumento de “evitar la depresión suicida” no porque los médicos se equivoquen en el cálculo consecuencialista, sino porque detrás de muchos de estos casos de ocultamiento de información no hay verdadero paternalismo, sino que el médico elude así ponerse delante de su paciente para decirle la cruda verdad o, también, simplemente sigue las directrices de la familia. Además, dejando a un lado las “generalizaciones psiquiátricas”, parece haber otros casos de plausible paternalismo donde el cálculo de consecuencias no presenta, a mi juicio, muchas dificultades: por ejemplo, engañar a un paciente que tiene un terror irracional por las agujas y que no quiere que le pinchen, distrayendo su atención en el momento de pincharlo; si con ello se evita un ataque que puede desembocar en la muerte, me parece que se trataría de un paternalismo justificado en un sencillo cálculo utilitarista.

El caso de las familias de los niños recién nacidos con problemas graves es, a mi juicio, un caso muy difícil. Cuando los problemas del neonato son muy graves y su esperanza de vida es corta y en condiciones indignas es plausible sostener que la única decisión razonable es la eutanasia, pero también es muy posible que los padres no sean capaces de aceptarla (a la vez que tampoco quieren que su hijo sufra). Una información completa de las alternativas terapéuticas puede servir tan sólo para que los padres se sientan obligados (¡cómo no intentar todo por el bebé!) a demandar esos tratamientos, alargando su sufrimiento y el del recién nacido. Es difícil juzgar al médico que informa a los padres de que “no hay nada que hacer” evitando así alargar el sufrimiento de ellos y del bebé. Seguramente tiene razón Allen Buchanan y ese “no hay nada que hacer” no es un puro juicio técnico, sino que implica ciertos juicios valorativos: por ejemplo, que prolongar dos semanas la vida de un neonato no es un objetivo valioso o que vivir sin sistema digestivo no es digno; pero eso no obsta, en mi opinión, para que, en ocasiones, se trate de un paternalismo justificado.

Tiene razón Allen Buchanan cuando señala que la autorización para engañar parece irrazonable y que no pueden interpretarse el contrato entre paciente y médico como incorporando esta autorización. Ahora bien, hay supuestos en los que preferir no saber (quizás también preferir ser engañado) puede ser muy razonable: por ejemplo, si la autorización se entiende hecha para ocultar información desfavorable con respecto al

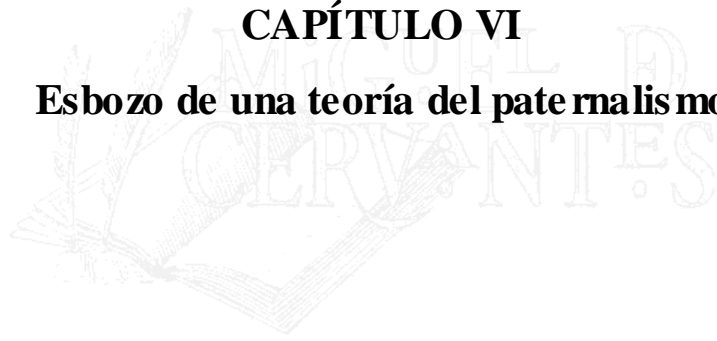
diagnóstico o para dejar librado al médico la selección del tratamiento más adecuado, etc. En todo caso, me parece que Allen Buchanan tiene razón al llamar la atención sobre que “autorizar” es un acto lingüístico intencional que no se puede presumir de comportamientos del sujeto. De lo que no estoy muy seguro es que, en algunos casos, aún estando ausente la “autorización”, el médico pueda justificar su ocultamiento de información o engaño en parte porque la actitud del paciente muestra que prefiere no saber la verdad en toda su crudeza: pensemos en un paciente que le dice al médico que “lo que él necesita es que le animen y no que lo hundan”, el paciente debe enfrentar un doloroso tratamiento de resultados inciertos, en el cual la actitud del paciente más positiva puede tener muy buenas consecuencias; en un caso así, aún sin contar con una “autorización”, quizás estaría justificado por parte del médico ocultar información sobre los aspectos más negativos del tratamiento.

En general, creo que los argumentos consecuencialistas por sí solos no son suficientes para justificar una interferencia paternalista, aunque creo que sí pueden contar como buenas razones a favor de estas interferencias. En ocasiones, es muy razonable pensar que una interferencia paternalista evitará graves daños con un coste muy pequeño, si este hecho no basta para justificar la interferencia es porque creemos que otras razones son necesarias (por ejemplo, para muchos autores, la incompetencia del sujeto tratado paternalistamente) no porque los argumentos consecuencialistas no sean posibles y pertinentes.

BIBLIOTECA VIRTUAL

CAPÍTULO VI

Esbozo de una teoría del paternalismo



1. Introducción

En la primera parte de este capítulo, presentaré las conclusiones de mi investigación sobre el problema del concepto del paternalismo. Haré una propuesta de definición de la acción paternalista y trataré de mostrar su utilidad para arrojar luz sobre algunos de los aspectos más controvertidos de este concepto. A partir de esta definición, se ordenarán los problemas en tres partes: problemas relacionados con el modo o la forma de la intervención paternalista, problemas relacionados con los sujetos de la relación paternalista y, finalmente, problemas relacionados con la finalidad del paternalismo.

Con respecto al primer orden de problemas, los relacionados con el modo o la forma del paternalismo, sugeriré, en primer lugar, que la acción paternalista supone siempre un ejercicio de poder y que muchas de las dificultades conceptuales en torno al paternalismo tienen su origen en las dificultades conceptuales sobre la noción de “ejercer poder”. Se hará referencia a las principales de estas dificultades. En segundo lugar, explicaré el concepto de paternalismo jurídico como el resultado de un ejercicio de poder jurídico. Finalmente, haré explícitas las ventajas más importantes que, a mi juicio, ofrece mi propuesta de concepto de paternalismo jurídico.

Con respecto al segundo orden de problemas, los relacionados con los sujetos de la relación paternalista, consideraré, en primer lugar, algunas cuestiones importantes referidas al sujeto que ejerce el paternalismo. Me plantearé, en particular, si todo

paternalismo estatal es paternalismo jurídico y viceversa. En segundo lugar, examinaré qué características debe tener el sujeto sobre el que se ejerce el paternalismo y, en concreto, el problema de si este sujeto debe ser competente o no. Por último, haré algunas consideraciones sobre la noción de “auto-paternalismo” y la plausibilidad de considerarla como genuino paternalismo.

Con respecto al tercer orden de problemas, los relacionados con la finalidad del paternalismo, se trazaré la importante distinción entre paternalismo y perfeccionismo a partir de dos criterios: a) el paternalismo consiste en evitar daños y no en beneficiar, y b) el paternalismo consiste en evitar daños de tipo físico, psíquico y económico y no daños morales. Por su parte, el perfeccionismo estaría orientado a beneficiar (buscar la perfección) y a promover beneficios de tipo moral (el beneficio de un carácter moralmente mejor). Igualmente, se considerará el carácter, paternalista o perfeccionista, de las interferencias orientadas a evitar daños morales, por un lado, y a proporcionar beneficios físicos, psíquicos y económicos, por otro. Para finalizar, dentro de este último apartado desarrollaré la idea de que el paternalismo sólo trata de evitar al individuo aquellos daños o el incremento de riesgo daños que tienen su origen en las acciones y omisiones del propio individuo (daños auto-infligidos).

En la segunda parte del capítulo trataré el problema de la justificación del paternalismo. Construiré, en primer lugar, la distinción entre paternalismo fuerte y débil y haré la crítica del paternalismo fuerte. En segundo lugar, propondré las condiciones de justificación del paternalismo débil que, a mi juicio, serían las tres siguientes: 1) idoneidad y necesidad de la medida, 2) incompetencia básica del sujeto tratado paternalistamente y 3) consentimiento hipotético racional a la medida.

2. El concepto de paternalismo

2.1. La neutralidad valorativa del concepto de paternalismo

El primer problema que se enfrenta en el estudio del concepto y la justificación del paternalismo es la emotividad normalmente desfavorable del término en el lenguaje ordinario. Ahora bien, incluso para los que hacen un uso peyorativo del término “paternalismo”, éste no designaría un concepto puramente normativo (como, por

ejemplo, ‘malo’ o ‘incorrecto’), por lo que es posible separar algunos aspectos descriptivos de los puramente evaluativos. Siendo así, a mi juicio, como punto de partida no debería hacerse de la valoración del paternalismo (justificado o injustificado) una “característica que define”, sino tan sólo “una característica que acompaña”¹. De esta manera, se evita el riesgo de dar con soluciones a problemas morales que descansen en definiciones, pues resulta inaceptable que se le dé una respuesta negativa al problema de si es correcto desde el punto de vista moral ejercer el paternalismo, diciendo que se trata precisamente de “paternalismo” y el “paternalismo” *por definición* está injustificado. Entiendo, en consecuencia, que el concepto de paternalismo es “neutral” cuando la afirmación “A ejerce paternalismo sobre B” no conlleva necesariamente el juicio moral “A está actuando inmoralmente con respecto a B”.

Mi propuesta sería, por tanto, partir de un concepto de paternalismo que sea análogo, por lo que a la neutralidad se refiere, al concepto de “matar” y no al de “asesinar”². “Matar” es una conducta que todo el mundo estaría de acuerdo en que siempre requiere justificación (al menos, cuando se mata a un ser humano) y una gran mayoría entiende que, en ocasiones, puede estar justificada. Sin embargo, la calificación de “asesinato” conlleva ya el juicio moral negativo: asesinar es matar injustificadamente.

2.2. Una plausible definición de paternalismo

Para elucidar el concepto de paternalismo me parece que el punto de partida más adecuado es tratar de aclarar el significado de la siguiente expresión:

A ejerce paternalismo sobre B

A mi juicio, es plausible sostener que esta expresión equivale a la siguiente:

1) *A ejerce poder sobre B,*

¹ Sobre esta distinción, véase: Hospers, John: *An Introduction to Philosophical Analysis*, ed. Routledge, London, 1990.

² Una opinión coincidente con ésta puede verse en: Dieterlen, Paulette: “Respuesta a M. Atienza”, en *Doxa*, 5 (1988), p. 221.

- 2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño y/o la pérdida de un beneficio (siendo estos daños y beneficios de tipo físico, psíquico o económico).

Para especificar el alcance de esta definición y mostrar los problemas que surgen al respecto analizaré, a continuación, los siguientes elementos de la relación paternalista entre A y B: 1) el modo ; 2) los sujetos; y 3) la finalidad.

2.3. Los elementos de la relación paternalista

2.3.1. El modo de la relación paternalista

A) La caracterización del paternalismo en general

El elemento de la relación paternalista que, sin duda, mayores dificultades crea en su elucidación conceptual es el del *modo* propio de la relación paternalista. El paternalismo se diferenciaría de la conducta meramente benevolente porque consiste, según los autores, en coaccionar, interferir con la libertad, faltar al respeto debido, violar la autonomía, engañar, ocultar información, violar normas morales, etc. Si partiéramos de un tipo de definición como el de la definición por género y diferencia específica, podríamos decir que el problema del paternalismo no se plantea en torno a su adscripción al género (de los actos benevolentes) sino en determinar cuál es su diferencia específica. Y esa diferencia estaría en el modo en que se ejerce ese acto benevolente.

En mi opinión, estas dificultades para encerrar en una definición a la acción paternalista tienen su origen en que el paternalismo supone un *ejercicio de poder* de A sobre B y que, como señaló Max Weber, el poder es amorfo³, es decir, cualquier medio puede ser idóneo para el ejercicio del poder, dependiendo de las circunstancias concretas

³ “El concepto de poder –dice Max Weber- es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada”, en Weber, Max: *Economía y sociedad*, ed. FCE, México, 1993, p. 43, (trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora).

del caso. Por tanto, es una tarea estéril tratar de presentar una lista cerrada de medios para el paternalismo apoyándose en ejemplos. En lugar de esto, me parece más útil concentrar los esfuerzos en aclarar lo que he denominado el modo o la forma de la relación paternalista, que consistiría siempre en ejercer poder. Felix E. Oppenheim ha definido la noción de “ejercer poder” de la siguiente manera:

“A ejerce poder sobre B para que haga X si (si y únicamente si) A influye en B para que haga X o coacciona a B para que haga a X o castiga a B por no hacer X. A ejerce poder sobre B para que no haga X si A influye en B para que no haga X o impide a B hacer X o castiga a B por haber hecho X”⁴.

El concepto de poder no es, en absoluto fácil, y soy consciente de que mi propuesta puede tener como única virtud, si es que tiene alguna, la de señalar la fuente del problema pero no la de dar con una solución. A continuación, trataré de mostrar, por un lado, cómo las dudas sobre el concepto de paternalismo tienen su origen en una serie de alternativas fundamentales que se presentan sobre el concepto de poder y, por otro lado, intentaré alcanzar algunas conclusiones sobre el concepto de paternalismo tomando partido por algunas de esas alternativas.

a) El paternalismo como un ejercicio de poder intencional

En primer lugar, los teóricos del poder están divididos al respecto de si el ejercicio del poder es siempre intencional o no y, al igual que ocurre con el problema del paternalismo, son “víctimas” del juego de los ejemplos y contra-ejemplos⁵. Si bien el ejercicio del poder que consiste en castigar supone necesariamente la intención de castigar por parte de quien lo ejerce, en otros casos (la coacción y la influencia) el uso que hacemos de la expresión “A ejerció poder sobre B”, parece indicar que manejamos una noción de “ejercer poder” no “intencional”: por ejemplo, cuando se dice que los

⁴ Oppenheim, Felix E.: *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 18 (he cambiado las letras de las variables de la definición de este autor para ajustarla a mi definición de paternalismo). Este análisis del concepto de “ejercer poder” no contradice la idea de que el poder es amorfo y que, por tanto, no es posible dar una lista cerrada de medios idóneos para el poder. Piensese en los medios que, por ejemplo, pueden servir para que una persona influya en otra.

⁵ Sobre esta discusión, véase: Oppenheim, Felix E.: *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, cit., pp. 41-43.

escritos de Karl Marx han ejercido una gran influencia sobre pensadores posteriores de maneras que el propio Karl Marx no había previsto o, incluso, no habría querido.

Esta alternativa sobre el concepto de poder se traslada a la cuestión del paternalismo. En el contexto de relaciones paternalistas entre individuos podemos imaginar algunos casos, más o menos raros, de ejercicio no intencional de poder. Supongamos el caso de un paciente que, por su carácter y educación, no es capaz de llevar la contraria a su médico, un prestigioso neurocirujano. Si este médico trata de convencer al paciente de que siga un determinado tratamiento porque considera que le evitará graves daños, podría darse la situación de que el paciente acepte el tratamiento sólo por no contrariar al médico y no porque las razones de éste le convenzan de ello. El médico ha ejercido poder sobre el paciente aún sin quererlo y dado que la finalidad de su acción (convencer al paciente de aceptar el tratamiento) perseguía evitar daños al paciente, podría decirse que estamos ante un caso de paternalismo no intencional o por el resultado. No obstante, creo que al considerar el problema de la justificación del paternalismo es más fructífero partir de una concepción del mismo como ejercicio intencional de poder, al menos cuando el interés principal sobre el paternalismo reside en saber en qué casos está justificado, si es que lo está en algunos casos, y no en un análisis puramente sociológico sobre las formas de poder⁶.

En general, más allá de algunos casos especiales, la noción de poder no intencional puede ganar relevancia si el foco de atención pasa del acto paternalista a la relación paternalista. Por relación paternalista cabe entender la relación que se entabla entre dos sujetos A y B, cuando A ejerce paternalismo sobre B. Sin embargo, también cabe entender por “relación paternalista” un tipo de relación social caracterizada por la atribución de roles sociales concretos a los que intervienen en la misma: por ejemplo, la relación paterno-filial, la relación médico-paciente, etc. En este último sentido de relación social, quizás la noción básica sea la de “tener poder” y no tanto la de “ejercer poder” y, por tanto, la cuestión de si el poder se puede ejercer de forma intencional o no quedaría relegada a un segundo plano.

⁶ Además, limitando el paternalismo al ejercicio de poder intencional evitamos que la inmadurez o el infantilismo del sujeto B convierta a toda relación social en una relación paternalista.

Es necesario advertir que habría otro sentido en el que se puede predicar del paternalismo que no es intencional y que se refiere, no a si el ejercicio del poder es o no intencional, sino a si la finalidad del agente A al ejercer el poder deliberadamente sobre B es verdaderamente evitar que B se dañe a sí mismo. Para aclarar este punto, me parece interesante considerar los cinco casos siguientes:

1) Supongamos que un médico no receta a un paciente un medicamento que sólo se puede comprar con receta porque desea perjudicarlo. Con el tiempo se demuestra que el medicamento tiene contraindicaciones que hubieran sido letales para el paciente. La negativa del médico supone un ejercicio de poder que tiene como consecuencia evitar graves daños al paciente.

2) Supongamos que un médico no receta a un paciente un medicamento que éste le demanda por la única razón de que los fabricantes de esa marca no le han ofrecido, a diferencia de otras marcas, incentivos económicos por contribuir con sus recetas a la difusión del mismo. Con el tiempo se demuestra que el medicamento tiene contraindicaciones que hubieran sido letales para el paciente. La negativa del médico supone un ejercicio de poder que tiene como consecuencia evitar graves daños al paciente.

3) Supongamos que el médico cree que el fármaco que le demanda el paciente no ha sido suficientemente experimentado y que no es descartable que surjan complicaciones graves con su consumo. Además, el médico no ha sido incentivado por los fabricantes para recetarlos y por esta razón, siguiendo su costumbre, receta otros medicamentos alternativos de otras industrias más “generosas”. El médico está dispuesto a recetar el medicamento en cuanto reciba un incentivo suficiente, pero mientras tanto se abstiene de ello sabiendo que es posible que esté evitando daños al paciente. Con el tiempo se demuestra que el medicamento tiene contraindicaciones que hubieran sido letales para el paciente. La negativa del médico supone un ejercicio de poder que tiene como consecuencia evitar graves daños al paciente.

4) Supongamos que el médico no receta el medicamento que el paciente desea porque cree que su consumo puede perjudicarlo (dado que, a su juicio, el fármaco no ha sido suficientemente probado) y, además, de esta manera puede seguir recetando un

medicamento alternativo para el que sí tiene incentivos económicos del fabricante. A diferencia del caso anterior, el médico no recetaría el nuevo medicamento aun cuando le incentivarán económicamente para ello. Con el tiempo se demuestra que el medicamento tiene contraindicaciones que hubieran sido letales para el paciente. La negativa del médico supone un ejercicio de poder que tiene como consecuencia evitar graves daños al paciente.

5) Finalmente, supongamos que el médico no receta el fármaco al paciente por la única razón de que piensa que puede perjudicarlo. Este médico no acepta incentivos por recetar y ha hecho suya la máxima hipocrática “*primum non nocere*”. Con el tiempo se demuestra que el medicamento tiene contraindicaciones que hubieran sido letales para el paciente. La negativa del médico supone un ejercicio de poder que tiene como consecuencia evitar graves daños al paciente.

De estos cinco casos los dos últimos me parecen claramente paternalistas, los dos primeros no lo serían y el tercero plantea dudas. Veamos esto con algo más de detalle. Empezando por el último caso, la consecuencia prevista y deseada por el médico es, a la vez, su única razón para actuar y, por ello, su acción de ejercer el poder la vemos como una forma de evitar que B se dañe a sí mismo; aquí estaríamos ante una acción totalmente paternalista. En el cuarto caso, evitar que B se dañe a sí mismo no es la única razón por la que el médico no extiende la receta, pero se trata de una consecuencia de su acción prevista y deseada por el médico, hasta el punto de que hubiera actuado así si esa hubiera sido la única razón; aquí estaríamos ante una acción parcialmente paternalista. En el tercer caso, la consecuencia de evitar que B se dañe a sí mismo es prevista y aceptada por el médico, pero no es la razón por la que el médico hace lo que hace. Mi sospecha es que este tipo de casos son frecuentes en el contexto político, donde las finalidades perseguidas por el poder público son muy diversas y las consideraciones paternalistas están presentes pero no llegan a ser suficientes por sí solas. En la medida en que los objetivos paternalistas son realmente considerados y aceptados, creo que es conveniente entender que se trata también de una acción parcialmente paternalista. Sobre todo porque al considerar la justificación de estas acciones, puede ocurrir que sus componentes paternalistas sean decisivos.

Los dos primeros casos no serían, a mi juicio, supuestos de paternalismo. En el segundo, la consecuencia de que B se evita daños a sí mismo ni siquiera es prevista por el médico y, en el primero, el médico ha previsto la consecuencia contraria, es decir dañar al paciente. Admitir que estos casos pueden ser entendidos en términos paternalistas arrojaría resultados inaceptables. Así, por ejemplo, también sería paternalista la acción de ladrón que al tratar de robar a un sujeto le impide subir a un avión que se estrella o la del portero de discoteca que al impedir la entrada a alguien porque lleva zapatillas de deporte le evita quedar atrapado en el posterior incendio del local.

b) El paternalismo como ejercicio de poder probablemente suficiente para que B se comporte de cierta manera.

En segundo lugar, aunque según la idea más general del poder A ejerce poder sobre B si “consigue que B haga algo que de otra manera no haría”⁷, creo que tiene razón Felix E. Oppenheim al señalar que para hablar de un ejercicio de poder es mejor limitarse a la idea de condición de probabilidad suficiente⁸. Así diríamos que A ejerce poder paternalista sobre B para que no haga Y (actos que le dañan) si A deliberadamente lleva a cabo cierta acción X que es condición de probabilidad suficiente para que B decida no hacer Y o para frustrar el intento de B de hacer Y.

Esta idea de condición de probabilidad suficiente es importante para el problema del paternalismo. En el siguiente texto Felix E. Oppenheim nos la explica:

“Partiendo de una interpretación probabilista de las nociones de condición suficiente y necesaria, podemos decir: una condición suficiente de probabilidad para un suceso E (por ejemplo, que R haga X) es un conjunto de circunstancias C que convierten a E en algo muy probable; y una condición necesaria de probabilidad de E es un conjunto de circunstancias C, sin las cuales sería altamente improbable que E ocurriese. Si yo digo que P influyó en R para que hiciese X estoy afirmando dos cosas ciertas: 1) que P hizo Y, y 2) que R hizo X. También afirmo 3) que la acción Y de P era al menos una de las causas de que R hiciese X; pero esto no lo afirmo con certeza, sino con un grado relativamente elevado o bajo de probabilidad. Por tanto, que P

⁷ Dahl, Robert A.: “The Concept of Power”, en *Behavioral Science*, 2 (1957), p. 203. La cita está recogida de Oppenheim, Felix E.: *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, cit., p. 35.

⁸ Véase: Oppenheim, Felix E.: *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, cit., p. 37.

ejerció influencia sobre la acción X de R es una explicación causal y probabilística de la conducta de R”⁹.

De acuerdo con lo anterior, cuando decimos que A se ha comportado paternalistamente con B, por medio del acto X, queremos decir que es altamente probable que X sea una de las causas del comportamiento de B. Esto es particularmente importante en contextos políticos; si la amenaza de sanciones por no llevar el cinturón de seguridad es paternalista es, entre otras cosas, porque consideramos muy probable que una de las causas por la que algunos conductores se ponen el cinturón es eludir la sanción. El legislador trata de influir de esta manera en el comportamiento de los conductores imprudentes.

La idea de que el ejercicio del poder supone “causar” (aunque sea en el sentido de condición de probabilidad suficiente) el comportamiento de otro puede plantear problemas con aquellos casos en los que el sujeto B hace aquello que de todas formas hubiera hecho. Pensemos en el caso de un médico que oculta información a un paciente para evitar que éste rechace un tratamiento que necesita (por ejemplo, con respecto a lo doloroso del tratamiento); sin embargo, el paciente hubiera aceptado el tratamiento de todas formas, es decir, con una revelación completa de la información. Creo que en estos casos hay dos opciones plausibles: De acuerdo con la primera, habría que enmendar la definición de manera que para determinar que un acto de A con respecto a B es paternalista no sería necesario que A ejerza el poder sobre B sino que A *crea* que ejerce el poder sobre B, con fines paternalistas. Esta primera opción me parece inaceptable porque convertiría en paternalistas a acciones moralmente irrelevantes. De acuerdo con la segunda, habría que decir que el médico no ejerció paternalismo sobre B, sino que sólo lo intentó. Su acción muestra, de un lado, una actitud paternalista y, de otro lado, implica un engaño, lo cual requiere de justificación independiente. El paciente podría reprochar al médico haberle engañado y también haber intentado ejercer el paternalismo con él, pero esto es diferente a reprocharle haber ejercido el paternalismo. Me inclino por aceptar esta segunda opción.

c) El paternalismo como ejercicio de poder distinto a la persuasión racional

⁹ Oppenheim, Felix E.: *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, cit., p. 34.

En tercer lugar, el ejercicio de poder suele entenderse de una manera amplia, que incluye a la persuasión racional, o de una manera estricta, que incluye diversas formas de influencia y a la coacción, pero excluye la persuasión racional¹⁰. A mi juicio, el paternalismo consistiría en un ejercicio de poder, en sentido estrecho que excluye la persuasión racional. Esto ilumina la persistente conexión que se realiza entre actuar paternalistamente y violar la autonomía del sujeto tratado paternalistamente. Más adelante volveré sobre este punto, pero aquí quiero señalar que el que el sujeto A viole o no la autonomía, en el sentido de derecho moral a la no interferencia, del sujeto B cuando actúa paternalistamente es contingente (depende de si A actúa justificadamente o no) y no debe formar parte de la definición del acto paternalista. Lo que sí es necesario es que B no cambie de conducta porque acepta autónomamente las razones de A, es decir, porque cree que esas razones de A son también razones para él.

De acuerdo con esta concepción del paternalismo como un ejercicio del poder en sentido estrecho, se podría refinar la definición propuesta de la siguiente manera:

A ejerce paternalismo sobre B si y sólo si:

- 1) *A influye (por medios distintos de la persuasión racional) a B, coacciona a B, impide actuar a B o castiga a B,*
- 2) *con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño y/o la pérdida de un beneficio (siendo estos daños y beneficios de tipo físico, psíquico o económico).*

B) La caracterización del paternalismo jurídico

Si el paternalismo en general consiste en el ejercicio de un poder, el paternalismo jurídico consistirá en el ejercicio de un poder jurídico. De manera que la definición de paternalismo jurídico sería la siguiente:

A ejerce paternalismo jurídico sobre B si y sólo si:

¹⁰ Véase: Oppenheim, Felix E.: *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, cit., pp. 37-39.

- 1) *A ejerce un poder jurídico sobre B,*
- 2) *con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño y/o la pérdida de un beneficio (siendo estos daños y beneficios de tipo físico, psíquico o económico).*

Los actos jurídicos se caracterizan por haber sido realizados conforme a normas jurídicas que confieren poderes. Los poderes jurídicos se suelen dividir en poderes públicos (generalmente, llamados “competencias”) y privados (generalmente, llamados “capacidades”). Ambas, competencias y capacidades, son el ejercicio de poderes, pero mientras que se es “capaz para modificar la propia situación jurídica; en cambio, se es competente para modificar la de otras personas”¹¹. Las competencias se caracterizan porque el titular de las mismas puede intencionalmente modificar la situación jurídica de otro sin contar con la aceptación del mismo, mientras que las capacidades o bien agotan sus efectos en la persona que las ejecuta o bien extienden sus efectos a terceros voluntarios. El ejemplo clásico de ejercicio de una capacidad es el negocio jurídico (que puede ser visto como promesas recíprocas) y de una competencia puede serlo el acto administrativo. Tan sólo los poderes públicos que son competencias pueden ser descritos como el ejercicio de un poder (jurídico) de A (el titular del poder) sobre B (el sujeto jurídicamente al poder de A).

Siguiendo con esta última idea, cabría decir que el paternalismo jurídico consiste en el *ejercicio de una competencia jurídica*. Dado que en el paternalismo el objetivo de A es evitar que B lleve a cabo actos que le dañan a sí mismo, que le suponen un incremento de riesgo de daño o la pérdida de un beneficio, es plausible sostener que en el paternalismo jurídico el ejercicio por parte de A de su competencia sobre B debe limitar de alguna manera las opciones de B (al menos, limitará a B una opción de auto-infligirse un daño, de aumentar los riesgos de daños o de perder un beneficio).

¹¹ Nino, Carlos S.: *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 222.

El análisis de W. N. Hohfeld sobre las diferentes posiciones jurídicas en una relación jurídica¹² puede ser, parcialmente, de aplicación aquí, obteniendo la siguiente definición de paternalismo jurídico:

El agente A ejerce paternalismo jurídico sobre B si y sólo si:

- 1) *A, en el ejercicio de una competencia, sitúa a B en una posición de deber, no derecho, sujeción o incompetencia (en este último caso, para modificar su propia situación jurídica),*
- 2) *con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño y/o la pérdida de un beneficio (siendo estos daños y beneficios de tipo físico, psíquico o económico)*¹³.

Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la educación. Éste es un derecho que tienen todos los ciudadanos, pero cuando se trata de los menores suele caracterizarse el mismo como de paternalista; sin embargo, es fácil advertir que lo que lo hace paternalista es que, en realidad, se configura como un “derecho-deber”. Lo mismo ocurre con el derecho a la vida, que siempre que se entiende como paternalista es concebido como “derecho-deber”. Otros ejemplos de paternalismo jurídico en España serían los siguientes: el derecho a la asistencia letrada (de ejercicio obligatorio), la irrenunciabilidad del derecho a la información clínica por parte del paciente cuando está en grave peligro su salud, el no derecho a la información clínica en caso de necesidad terapéutica, la prohibición de las lesiones con el consentimiento de la víctima, etc.

¹² Véase: Hohfeld, W. N.: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, ed. Ashgate-Dartmouth, 2001.

¹³ El paternalismo jurídico puede ser visto también como la “asunción de competencias por parte de A”. Podría decirse que el acto paternalista fundamental de un sistema jurídico constitucional sería la atribución al Parlamento de competencia para perseguir la finalidad (respetando ciertos límites) de evitar que los ciudadanos lleven a cabo acciones u omisiones que les dañan y/o les suponen un incremento del riesgo de daño y/o la pérdida de un beneficio (siendo estos daños y beneficios de tipo físico, psíquico o económico). La atribución de esta competencia implica lógicamente la sujeción de los ciudadanos. Cuando el Parlamento crea un estatus de la minoridad en la que establece que los menores deben quedar sujetos a la patriapotestad, la situación puede ser descrita como la de conferir una competencia a los padres en relación con sus hijos. Igualmente. Igualmente, cuando se establece un deber para los ciudadanos con fines paternalistas (por ejemplo, la prohibición de navegar sin chalecos salvavidas) se otorga competencia a las autoridades judiciales y/o administrativas para sancionar por el incumplimiento de ese deber.

Esta propuesta de concepto de paternalismo jurídico presentaría, a mi juicio, las siguientes ventajas sobre las que, hasta ahora, hemos visto:

1) Además de los casos en los que el paternalismo consiste en el establecimiento de una prohibición u obligación, incluye los casos en los que se declara incompetente a una persona, se la sujeta a la tutela de otra o se establece que no tiene derecho a realizar ciertos actos (dejándola en una situación de libertad no protegida). Por ejemplo, la sujeción a tutela de un retrasado mental, la sujeción a la patria-potestad de los menores, la incapacidad de los menores para disponer de sus bienes inmuebles, la anulación de las disposiciones generales en un contrato tipo no favorables a la parte “débil” del contrato, la imposibilidad (institucional) de constituir válidamente un contrato de esclavitud perpetua o un contrato válido de trabajo por debajo del salario mínimo, etc.

2) Igualmente, esta definición incluye los casos de paternalismo indirecto (o impuro, según la concepción de Gerald Dworkin), ya que la coacción que directamente se dirige contra un individuo indirectamente deja al sujeto en una situación de no derecho: por ejemplo, la ilegalización de un comercio como el de las drogas (implique esta ilegalización una persecución penal o no) deja a los sujetos tratados paternalistamente, los consumidores, en una situación de no derecho: pueden tratar de obtener drogas en el mercado ilegal, pero el Estado puede, por su parte, hacer todo lo posible para impedirlo.

3) Al considerar el paternalismo jurídico como el ejercicio de un poder jurídico también se pone de manifiesto que el paternalismo se puede ejercer en diferentes etapas. En primer lugar, tendríamos un poder constituyente (si se trata de un sistema constitucional) que puede ejercer el paternalismo, por ejemplo, configurando el derecho constitucional a la asistencia letrada como un derecho-deber. En segundo lugar, tendríamos un poder legislativo que puede, siguiendo con el mismo ejemplo, establecer en las leyes procesales la obligación de la asistencia letrada. En tercer lugar, encontraríamos un juez que declara que cierto acusado no tiene derecho a defenderse a sí mismo sin contar con la asistencia letrada. Por último, tendríamos, en algunos casos, un funcionario público que ejecuta las disposiciones del juez¹⁴.

¹⁴ Estos últimos actos, que son de pura aplicación del Derecho, difícilmente pueden ser vistos como actos jurídicos y, de acuerdo con mi propuesta, como actos de paternalismo jurídico. Sin embargo, lo más razonable me parece que es considerarlos una categoría *sui generis* de paternalismo jurídico.

4) Se aclara la conexión entre la discusión sobre el paternalismo jurídico y la discusión de la filosofía política sobre el paternalismo y las formas de gobierno. Fuera de la anterior escala, o por encima de ella, habría un nivel de paternalismo que se refiere a las formas de gobierno: en particular, la contraposición entre democracia y despotismo benevolente. Un régimen de despotismo benevolente está configurado totalmente sobre la idea de paternalismo, mientras que la democracia parece fundarse en su negación. Sin embargo, en la democracia, la forma de gobierno caracterizada por la autonomía, se dan, a su vez, formas de Derecho autónomas y heterónomas. De ahí que, en cierto sentido, quepa decir que el paternalismo es incompatible con la democracia, si nos situamos en el nivel de las formas de gobierno, y, al mismo tiempo, que dentro de la democracia se pueden dar ejercicios paternalistas del poder. Las normas emanadas de una legislatura democrática pueden ser vistas como ejercicio de la autonomía del pueblo (que actuaría por medio de representantes), pero en la medida en que sus disposiciones se apliquen a los destinatarios de las mismas sin requerir para ello su consentimiento individual son heterónomas (suponen el ejercicio de una competencia) y, por tanto, susceptibles de ser paternalistas¹⁵.

5) Se aclara, finalmente, la relación entre el paternalismo jurídico y la coacción. En un sentido amplio, sería cierto que el paternalismo jurídico siempre es coactivo, puesto que es el resultado del ejercicio de competencias que modifican la situación jurídica de un individuo lo quiera éste o no. Competencias que, además, están respaldadas en última instancia por la fuerza. En un sentido estricto, sin embargo, el paternalismo jurídico sólo sería coactivo cuando recurre a la coerción física como instrumento real o potencial.

¹⁵ En el siguiente párrafo de Hans Kelsen creo que se encuentra una más clara explicación de esta misma idea: “En el punto central de los problemas de una dinámica jurídica –dice Hans Kelsen– se encuentra la pregunta por los diferentes métodos de producción de derecho, o por las formas del derecho. Si se pone la mira en aquellas normas jurídicas que configuran la parte principal de un orden jurídico, a saber: las que enlazan una sanción como acto coactivo a determinada conducta humana, y si se reconoce que un hombre se encuentra jurídicamente obligado a una determinada conducta en cuanto la conducta contraria ha sido convertida en condición de una sanción, pueden distinguirse dos tipos de normas jurídicas que estatuyen tales obligaciones jurídicas: aquellas en cuya producción el hombre obligado participa, y aquellas que aparecen sin su participación. El principio que se encuentra en la base de esta distinción, es el de la libertad en el sentido de autodeterminación. La cuestión decisiva, desde el punto de vista del hombre sujeto a normas, es si la obligación se produce con su voluntad, o sin ella y eventualmente, incluso contra su voluntad. Se trata de la distinción que habitualmente se designa como la oposición entre autonomía y heteronomía, y que la teoría del derecho suele establecer en lo esencial en el terreno de los derechos estatales. Aquí aparece como una diferencia entre democracia y autocracia, o entre República y monarquía, permitiendo la visión corriente de las formas del estado. Sólo que aquello que se concibe como la forma del estado no es más que un caso especial de la forma del derecho en general”, en Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, ed. Porrúa, México, 1993, p. 285.

2.3.2. Los sujetos de la relación paternalista

2.3.2.1. El agente A paternalista

En relación con el agente A en el paternalismo jurídico se plantea el problema de las relaciones entre el paternalismo estatal y el paternalismo jurídico. El paternalismo estatal puede ser sencillamente caracterizado sustituyendo “A” por “órgano del Estado” en el enunciado “A ejerce paternalismo sobre B”.

En relación con esto, habría, a mi juicio, dos preguntas importantes que deben ser respondidas: en primer lugar, si todo paternalismo estatal es un caso de paternalismo jurídico y, en segundo lugar, si todo paternalismo jurídico es un caso de paternalismo estatal. Veamos, a continuación, cada una de ellas.

A) *¿Es todo paternalismo estatal un caso de paternalismo jurídico?*

En principio, podría decirse que la respuesta es afirmativa. No obstante, es plausible distinguir dentro de las acciones del Estado aquellas en las que sus objetivos se logran directamente por medio de la modificación de la posición jurídica de los individuos, de aquellas en las que esta modificación sólo tiene un papel secundario y el medio empleado para alcanzar tales objetivos tiene otra naturaleza.

La acción del Estado siempre tiene un aspecto jurídico. La construcción de una autopista estatal requiere de un procedimiento de derecho administrativo y hasta el más mínimo detalle de la planificación y ejecución de las obras queda reflejado en un documento. Sin embargo, el Derecho tiene un aspecto secundario en la construcción de la autopista: ésta se realizará si se dispone de los *recursos humanos* y del *dinero* suficientes. En otros casos, las *normas jurídicas* son el medio directo de que se vale el Estado para conseguir sus fines: por ejemplo, cuando dicta una norma que prohíbe conducir sin el cinturón de seguridad. Podemos suponer que un Estado preocupado por el elevado número de accidentes, además de construir mejores carreteras (lo que requiere recursos humanos y dinero) y de prohibir ciertos comportamientos peligrosos (por medio de normas jurídicas), decidirá mantener campañas periódicas de concienciación sobre los

riesgos de la conducción; aquí parece que el medio directo de que se vale el Estado es la *persuasión*. En resumen, la acción estatal se vale principalmente de cuatro tipos de medios: dinero, recursos humanos, normas jurídicas y persuasión¹⁶.

En mi opinión, debe considerarse paternalismo estatal a cualquier acción paternalista llevada a cabo por un órgano del Estado, pero sólo se tratará de *paternalismo jurídico estatal* cuando el medio directo empleado sean las normas jurídicas.

Habría, en consecuencia, supuestos de paternalismo estatal no jurídico. Veamos algunos de ellos. En primer lugar, tendríamos aquellos supuestos en los que el Estado establece incentivos económicos con fines paternalistas¹⁷. Otro supuesto de este tipo de paternalismo serían los gravámenes orientados a que los ciudadanos abandonen hábitos de vida no saludables: por ejemplo, elevando el precio del tabaco. En tercer lugar, tendríamos un conjunto de casos en los que el medio empleado por el Estado para ejercer el paternalismo sería la persuasión. Por “persuasión” no me refiero a la “persuasión racional”, sino a los casos en los que el Estado oculta información relevante o engaña a los ciudadanos. Aquí se incluiría un abanico de ejemplos que van desde lo más inocuo, como la falsa advertencia de que se controla la velocidad de los automóviles por radar, hasta lo más peligroso, como el falseamiento de los datos sobre la economía nacional.

¹⁶ La clasificación está recogida de Pallarés, Francesc: “El sistema político en acción”, en *Revista de Estudios Políticos*, 62(1988), p. 144; el cual, a su vez, sigue el planteamiento expuesto en Peters, B. G.: *American Public Policy*, Franklin Wats Pubs., Nueva York, 1982.

¹⁷ También sería paternalista, de acuerdo con la definición de paternalismo presentada, el establecimiento de incentivos económicos orientados a modificar la estructura de preferencias del sujeto B con la finalidad de evitar que B se dañe a sí mismo (los incentivos serían una forma de influencia distinta de la persuasión racional y, por tanto, un ejercicio de poder). Un ejemplo de este tipo de paternalismo, poco frecuente, serían los incentivos para la contratación de planes de pensiones, siempre que entendamos que una consecuencia de la medida, previsible y deseada por el legislador, es la disminución de las personas que, por imprevisión, no tendrán recursos suficientes para disfrutar de una vejez digna. Hay que advertir la importancia que tiene la segunda condición de la definición de paternalismo para distinguir estos casos de las meras intervenciones benevolentes. Si como es de desear el Estado ejerce su poder siempre para beneficiar a los ciudadanos, podría argumentarse que, de acuerdo con mi definición, casi todas las intervenciones estatales son paternalistas. Sin embargo, esto no es así porque la finalidad del paternalismo no es simplemente evitar daños a los ciudadanos, sino más estrictamente evitar que se dañen a sí mismos. La concesión de una subvención para, por ejemplo, los agricultores no es necesariamente paternalista, pero lo será si esa subvención está orientada a disuadir a los productores de hacer algo que les perjudica. Imaginemos que un sector agrícola no es económicamente viable y que, sin embargo, por costumbre, miedo o desconfianza los agricultores se resisten a cambiar a otros cultivos más provechosos; el Estado puede prohibir esa producción, desincentivarla o, incluso, incentivar otros cultivos. Este tipo de políticas previsiblemente combinan diversos objetivos (entre ellos, sin duda, mejorar la economía nacional), pero en la medida en que una de las consecuencias previsible y deseable de la misma es evitar que los agricultores se dañen a sí mismos también es paternalista.

Dentro de este conjunto de casos, merecería la pena destacarse aquellos en los que el engaño adopta la forma de una manipulación sutil de la información. Me refiero a los supuestos de información sesgada o manipulada. Daniel Wikler sostiene, refiriéndose a las políticas públicas orientadas a la adopción de hábitos de vida saludables, que el instrumento de la información puede ser hábilmente utilizado, de manera que más allá de proveer información al objeto de adoptar una decisión racional, se producen fenómenos de manipulación¹⁸. En España, por ejemplo, la política pública de prevención del consumo de drogas no sólo se basa en la coacción penal, sino que utiliza profusamente el medio de la persuasión, a través de campañas publicitarias en los “*mass media*”. Estas campañas se encargan a agencias de publicidad, cuya especialidad no es presentar los mejores argumentos sino los más persuasivos. Además, estas campañas ni siquiera son centralmente retóricas; no se basan en los argumentos más que en la imagen y el sonido. Están dirigidas, en definitiva, a generar una respuesta hostil al consumo de drogas, una especie de reflejo condicionado a “decir NO” (que fue el eslogan de una de estas campañas).

En cuarto y último lugar, tendríamos como un tipo de paternalismo estatal no jurídico, aunque por razones diferentes a los anteriores; el caso del paternalismo entre Estados. Si el paternalismo se ejerce por un Estado sobre otro, éste adoptará normalmente la forma de las “injerencias coactivas” a las que se refería Ernesto Garzón¹⁹, entre las cuales la invasión armada sería la más significativa. No obstante, el proceso, lento y difícil, de la juridificación de la vida internacional favorece que aparezcan supuestos de paternalismo jurídico-internacional entre Estados y agentes paternalistas internacionales.

B) ¿Hay casos de paternalismo jurídico que no sean paternalismo estatal?

En principio, pareciera que si el paternalismo jurídico consiste en el ejercicio de competencias jurídicas y éstas son siempre ejercidas por órganos del Estado, entonces el paternalismo jurídico debe ser siempre paternalismo estatal. Sin embargo, es evidente que hay sujetos que ejercen competencias sin ser órganos del Estado o, al menos, sin serlo de

¹⁸ Wikler, Daniel: “Persuasion and Coercion for Health”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, cit. p. 53.

¹⁹ Véase el apartado 5 del capítulo IV de esta tesis.

la misma manera de lo que, en general, entendemos por órganos del Estado. Pensemos, por ejemplo, en el caso del médico o de los sujetos que ostentan la patria-potestad.

De acuerdo con la Ley de Autonomía del Paciente española, si el médico responsable de la asistencia juzga que el paciente no es capaz de tomar sus propias decisiones, entonces el consentimiento informado debe otorgarlo la familia (art. 9.3). Podría decirse que al médico se le confiere el poder de determinar, a los efectos de prestar consentimiento al tratamiento, la capacidad del paciente y, por tanto, el médico ejercería una competencia similar a la del juez que establece, por ejemplo, que una persona es incompetente para disponer de sus bienes. Igualmente, la patria-potestad supondría el ejercicio de competencias de representación (sin necesidad de que el hijo sometido a la misma consienta) e, incluso, cierto poder sancionatorio (el llamado derecho de corrección).

No creo que se gane mucho negando que en estos casos se trata del ejercicio de competencias y tampoco afirmando que el médico o los padres son órganos del Estado. Quizás una solución sea acudir a un género superior, el de la producción de resultados normativos por métodos autocráticos (que no requieren el consentimiento del afectado), y distinguir dentro de él el ejercicio de competencias por parte del Estado y otros ejercicios de poder entre particulares que, precisamente, se caracterizarían por enmarcarse en relaciones paternalistas. Éste sería el caso de las relaciones de tutela y curatela, de la propia relación paterno-filial, de la relación marital de acuerdo con la regulación pre-constitucional española, de algunos aspectos de la relación médico paciente, etc.

2.3.2.2. El sujeto B tratado paternalistamente

En relación con el sujeto B de la relación paternalista se plantea la cuestión de si en la definición de paternalismo debería incluirse una connotación relativa a la autonomía, entendida como competencia o capacidad²⁰, del sujeto B y cuál debería ser el signo de ésta.

²⁰ Adviértase que aquí no me refiero al sentido normativo de “competencia” o “capacidad”, sino al sentido fáctico y que suele ser tomado como presupuesto del normativo.

Pues bien, a mi juicio, desde el punto de vista de A, la incompetencia o incapacidad del sujeto B es un presupuesto de la racionalidad de la acción paternalista. No se entiende cómo el agente paternalista puede sinceramente querer evitar que B se dañe a sí mismo ejerciendo el poder sobre B si, a la vez, cree que B es competente o capaz de cuidar de sí mismo. Si creemos que alguien, que es competente, se está dañando a sí mismo, la única forma racional de tratar de evitarle esos daños es la persuasión racional. Si pensamos que la persuasión racional no servirá es porque no creemos que sea competente en relación con las circunstancias del caso. Como mínimo, en la relación paternalista *A cree saber mejor que B* qué es lo que a B le conviene en las circunstancias del caso.

Este punto de vista parece contradecir la tesis enfáticamente defendida por Joel Feinberg de que el genuino paternalismo es el paternalismo fuerte y el paternalismo débil es sólo aparente paternalismo. Sin embargo, sirve, en mi opinión, para poner de manifiesto el carácter normativo de la distinción de Joel Feinberg. Este autor está tomando en consideración la situación en la que *verdaderamente* se halla el sujeto B y no lo que *A* cree que es la situación de B. El paternalismo fuerte de Joel Feinberg sería, por tanto, el paternalismo ejercido sobre el presupuesto *erróneo* de que los individuos afectados no son competentes o sus preferencias en el caso no son suficientemente voluntarias. Mientras que el paternalismo débil sería el ejercido sobre el presupuesto *verdadero* de que los individuos afectados no son competentes o sus preferencias en el caso no son suficientemente voluntarias²¹.

2.3.2.3. Sobre el concepto de autopaternalismo

Cuando se trata de aclarar el concepto de auto-paternalismo, se suele acudir al relato homérico de Ulises y las Sirenas. En este conocido episodio, Ulises, previendo el daño que podría sufrir si escuchaba a las Sirenas, pero decidido a disfrutar de su canto, tapa con cera los oídos de su tripulación y dispone que lo aten al mástil. En un breve pasaje encontramos juntos gran parte de los elementos principales en la discusión sobre el paternalismo:

²¹ Sobre esta distinción entre paternalismo fuerte y débil, véase el apartado 5.3 del capítulo III.

“Tal decían [las Sirenas] exhalando dulcísima voz y en mi pecho yo anhelaba escucharlas. Frunciendo mis cejas mandaba a mis hombres soltar mi atadura; bogaban doblados contra el remo y en pie Perimedes y Euríloco, echando sobre mí nuevas cuerdas, forzaban cruelmente sus nudos.

Cuando al fin las dejamos atrás y no más se escuchaba voz alguna o canción de Sirenas, mis fieles amigos se sacaron la cera que yo en sus oídos había colocado al venir y libraronme de mis lazos”²².

La acción de la tripulación parece paternalista en la medida en que dejar atado a Ulises supone evitarle un daño impidiéndole a Ulises hacer lo que en ese momento quiere hacer. Sin embargo, cabe dudar de si se trata de genuino paternalismo en la medida en que interpretemos que con la acción de no desatar a Ulises, la tripulación se limita a seguir las instrucciones previas de éste. Otros ejemplos de “auto-paternalismo” menos elegantes pero más reales son: el caso del jugador que pide que se le prohíba la entrada al casino, el estudiante perezoso que se matricula en una academia para que le obliguen a estudiar o el que acuerda con un amigo que no le deje conducir si ha bebido demasiado.

La explicación del auto-paternalismo está íntimamente relacionado con la perspectiva diacrónica de la racionalidad. La comprensión por parte de un agente de la dimensión temporal de la racionalidad puede llevarle a la adopción de lo que Jon Elster ha llamado una “racionalidad imperfecta”²³, es decir, la adopción de una estrategia, atarse a sí mismo, para lograr la racionalidad (perfecta) por medios indirectos.

En el relato homérico, quien se ata a sí mismo, Ulises, es un individuo, pero en la discusión sobre el concepto de auto-paternalismo con frecuencia se maneja una versión política del “contrato Ulises”, en la que es la sociedad quien busca atarse a sí misma con las cuerdas de la intervención estatal. El paso de la versión individual a la política del “contrato Ulises” no está exenta, a su vez, de peligros, por lo que es conveniente distinguir al hablar de “auto-paternalismo” si el sujeto B es un individuo o una comunidad.

²² Homero: *Odisea*, ed. Gredos, Madrid, 2000, p. 195. (Trad. José Manuel Pabón), Canto XII, 193-200.

²³ Véase: Elster, Jon: *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, ed. FCE, México, 1997, pp. 66 y ss.

Igualmente, me parece conveniente distinguir aquellos supuestos en los que el mecanismo elegido para “atarse a sí mismo” requiere de las acciones de otros, de aquellos supuestos en los que el sujeto B pone en marcha algún mecanismo que no requiere la acción de otros. Este mecanismo puede descansar sobre una relación causal o convencional. Este último sería el caso, por ejemplo, de una legislatura limitando sus propios poderes al establecer que ciertas normas no pueden ser derogadas o modificadas en el futuro. Como mecanismos de auto-restricción que descansan sobre relaciones causales tendríamos, por ejemplo, los siguientes: quien se inyecta una sustancia que le hará intolerable en el futuro el consumo de alcohol o nicotina, quien se encierra a estudiar en una casa de campo aislada para no perder el tiempo en distracciones o, incluso, quien no acude a espectáculos violentos para evitar tener una preferencia por estos. Igualmente, cabría distinguir si el mecanismo imposibilita o sólo dificulta el uso de ciertas opciones.

Propongo denominar *auto-paternalismo del tipo “contrato Ulises”* cuando el mecanismo de auto-restricción consiste en acudir a otros individuos para que actúen paternalistamente y *auto-paternalismo estricto* cuando el propio sujeto B pone en marcha algún otro mecanismo.

Consideremos, en primer lugar, el caso en que un individuo, el sujeto B, acuerda con otro individuo, el agente A, en un momento t_0 , que le impida llevar a cabo una acción en un momento posterior t_1 (contrato Ulises en su versión individual). Me parece que el problema que algunos autores ven para aceptar que se trata en esta situación de “paternalismo” es que consideran que la acción de A en t_1 consiste, sencillamente, en seguir las instrucciones de B²⁴. Estos autores asimilarían los contratos Ulises al contrato de mandato, en el que el mandatario actúa de acuerdo con las disposiciones del mandante.

²⁴ Esta parece ser, recordemos, la posición de Gerald Dworkin, cuando señala que en estos casos Ulises “la medida que debe ser impuesta es específicamente demandada por la parte afectada” y que “tal no es el caso de las medidas paternalistas de las que hemos estado hablando” (aunque no queda muy claro si sería un tipo de medidas paternalistas diferente o no sería paternalismo en absoluto). Véase: Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism*, *cit.*, p. 29. Bernard Gert y Charles M. Culver son más claros al afirmar que cuando se cuenta con el consentimiento anterior del sujeto B, no se trata de paternalismo. Véase: Gert, Bernard y Charles M. Culver: “Paternalistic Behavior”, *cit.* Manuel Atienza comparte esta última posición, si bien deja abierta la cuestión de si, en los contratos Ulises, puede afirmarse que existe consentimiento a la acción “paternalista”. Véase: Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *cit.*, p. 209. Por el contrario, decididamente a favor de considerar estos supuestos como genuino paternalismo están Ernesto Garzón y Douglas N. Husak, quien afirma: “no plantea problemas conceptuales la pretensión de que se puede tratar paternalistamente a uno mismo”. Véase: Husak, Douglas N.: “Paternalism and Autonomy”, *cit.*, p. 43.

Ahora bien, el “contrato Ulises” muestra una importante peculiaridad frente al contrato de mandato, a saber, la renuncia al derecho de revocación por parte del sujeto B en previsión de un futuro cambio de preferencias que puede suponerle graves perjuicios. Ello obliga al agente A a valorar cuál de las preferencias de B merece ser tomada en consideración: si la manifestada en t_0 o la manifestada en t_1 , lo cual le conducirá inevitablemente a un razonamiento justificante de su propia acción muy similar al que se plantea en los supuestos de paternalismo: por ejemplo, el agente A deberá preguntarse si B es incompetente (o su decisión no es lo suficientemente voluntaria) en alguno de los dos momentos, t_0 y t_1 , y muy difícilmente podrá eludir la cuestión de si la acción que debe realizar en t_1 perjudica o beneficia a B. Si se acepta esto, la diferencia entre estos supuestos de auto-paternalismo y las figuras más claras en las que A actúa contra las preferencias expresadas de B, antes y al momento de llevar a cabo la acción paternalista, se limitaría a que en los supuestos de auto-paternalismo el agente A tendría una justificación más fácil de su acción, aunque, como digo, ésta no se pueda limitar a señalar que hacía lo que B le había pedido.

En última instancia, la discusión sobre si es incoherente hablar o no de paternalismo en estos contratos Ulises tiene que ver con la discusión sobre si existen casos de paternalismo justificado o, por el contrario, el paternalismo, en tanto que paternalismo, siempre está injustificado. Quienes adoptan esta última posición niegan el carácter de paternalismo a los contratos Ulises por su plausible justificación. En mi opinión, por las razones expuestas al considerar la conveniencia de un concepto neutral de paternalismo, bien pueden tratarse estos contratos bajo el rótulo de paternalismo.

En segundo lugar, tenemos el caso en el que un sujeto B trata igualmente de auto-restringirse pero para ello no acude a la intervención de otro individuo (auto-paternalismo estricto individual). Esta figura se aleja más del núcleo de claridad del concepto de paternalismo porque, aparentemente, viola el presupuesto del que hemos partido según el cual el paternalismo consiste en una relación entre dos sujetos. Se apartaría igualmente de la idea básica que, a mi juicio, debe guiar la reconstrucción del concepto de paternalismo, a saber, que se trata de un problema moral. La moralidad parece presuponer la existencia del otro y las auto-restricciones que un individuo puede asumir orientadas a proteger o promover su bienestar son, en principio, una cuestión de prudencia y no de moral (aunque, como veremos inmediatamente, no es así en una tradición filosófica en la que se

sitúa, entre otros, Immanuel Kant). Por otro lado, bien pudiera decirse que en estos casos es donde el auto-paternalismo es verdaderamente auto-referente pero menos paternalismo, mientras que en el caso en el que B requiere a otra persona para que “lo ate” es más paternalismo pero menos auto-referente²⁵.

Siendo coherente, por tanto, con el presupuesto inicial de que el paternalismo es un tipo de conducta que siempre requiere de justificación, habría que decir que denominar “auto-paternalismo” a la conducta de un individuo que trata de auto-restringirse sin acudir para ello a un acuerdo Ulises con otros supone hacer un uso impropio del término “paternalismo”. Ahora bien, podría argumentarse que lo que se viene a decir con la denominación de “auto-paternalismo” es que, de una manera figurada o real, en estos casos intervendrían dos sujetos: uno en t_0 que limita o restringe ciertas oportunidades de acción de otro en t_1 , e, incluso, se podría dar un paso más y aceptar alguna teoría de la identidad personal que como la de Derek Parfit permite hablar de obligaciones morales del sujeto B en t_0 con respecto al sujeto B' en t_1 ²⁶.

Aunque éste es un tema de extraordinaria complejidad, me atrevería a decir que aun admitiendo la existencia, en algunos casos, de fuertes cambios en la personalidad de un individuo, nunca son tales como para poder hablar de dos individuos verdaderamente diferentes. Referirse a un sujeto B en t_0 y otro B' en t_1 sería, como señala Joel Feinberg, tan solo una forma de hablar²⁷. Por ello, las relaciones entre estos B y B', si se quiere hablar así, siguen siendo una cuestión de prudencia o racionalidad de un mismo individuo considerado el factor tiempo y no una cuestión de moral.

²⁵ Paulette Dieterlen usa como ejemplo de paternalismo justificado un caso en el que intervienen dos sujetos, pero que, a mi juicio, caería en esta categoría de paternalismo puramente auto-referente y no en la de los contratos Ulises. El ejemplo es el siguiente: “si alguien deposita una cantidad de dinero en el banco a plazo fijo y posteriormente desea gastar el dinero antes de que venza dicho plazo, la acción del banco al impedir cobrar el dinero es una acción que se justifica con el argumento del consentimiento pasado”. Alguien puede constituir un plazo fijo con su dinero, sabedor de su prodigalidad, para evitar gastarlo inadecuadamente, él sabe que un eventual cambio de opinión no servirá para que el banco le devuelva el dinero, el sujeto B utiliza al banco para indirectamente auto-restringirse. Ahora bien, el Banco difícilmente se verá, al negarle la devolución a B, como imponiéndole la prudencia que B temía perder después de constituir el plazo fijo. El Banco cumple su parte del acuerdo al pagar los intereses y tiene derecho a disfrutar del depósito por el tiempo pactado; si B trata de auto-restringirse o de ganar dinero no es asunto suyo. Véase: Dieterlen, Paulette: “Respuesta a M. Atienza”, en *Doxa* 5(1988), p. 222.

²⁶ Véase: Parfit, Derek: *Reasons and Persons*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1984; igualmente, “Later Selves and Moral Principles”, en A. Montefiore (ed.), *Philosophy and Personal Relations*, Ed. Routledge & Kegan Paul, London, 1973, pp. 137-168.

²⁷ Véase el apartado 11.2 del capítulo III de esta tesis.

Por otro lado, si se acepta la tesis de que existen deberes morales para con uno mismo, tal y como pretendía Immanuel Kant, entonces sí que podría plantearse la justificación de una práctica auto-referente consistente en eliminar opciones futuras que pueden entrañar daños, riesgos de daños o la pérdida de un beneficio. El caso más extremo sería el del suicidio para evitar una grave padecimiento (por ejemplo, para evitar ser torturado o sufrir una dolorosa enfermedad terminal). Desde este punto de vista, parece más plausible calificar el comportamiento del suicida que trata de evitarse daños (que él considera peores que la propia muerte) como de “auto-paternalismo”, ya que se trataría de un tipo de comportamiento sujeto a evaluación moral.

En todo caso, la teoría de la racionalidad subyacente a estas auto-restricciones individuales es de gran importancia para el tema del paternalismo, en la medida en que puede contribuir a aclarar la racionalidad y, en última instancia, la justificación de las restricciones paternalistas. El principio básico de que disponer de menos opciones puede ser mejor, en ocasiones, que disponer de más opciones estaría detrás de la justificación de todas las prácticas paternalistas²⁸.

El paso de la versión individual de los “contratos Ulises” a su versión política añade ciertos problemas a los que ya se han puesto de manifiesto en la discusión sobre el auto-paternalismo. Para simplificar, nos centraremos en la situación de una comunidad que toma sus decisiones por mayoría y a través de representantes, como se hace en las sociedades democráticas modernas. Aquí es conveniente trazar la misma distinción que se ha hecho en el caso del auto-paternalismo individual, según que la auto-restricción se consiga obteniendo el compromiso de otro sujeto o poniendo en marcha algún otro mecanismo. Un problema central del primer tipo de auto-paternalismo político sería el del carácter paternalista de las leyes democráticas que establecen sanciones por la realización de actos auto-referentes y dañosos, y un problema del segundo tipo sería el de la rigidez constitucional.

Modalidades del auto-paternalismo

²⁸ Sobre la teoría de las auto-restricciones, véase: Elster, Jon: *Ulises desatado (Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones)*, ed. Gedisa, Barcelona, 2002.

		Mecanismo de auto-restricción	
		Compromiso con un agente (Contratos <i>Ulises</i>)	Otros mecanismos (Auto-paternalismo estricto)
Sujeto B	Individual	Ej: Acordar con un amigo que no me deje conducir si bebo demasiado	Ej: Inyectarse una sustancia que reacciona negativamente con la nicotina
	Político	Imponer el uso del cinturón de seguridad	Hacer inmodificables ciertos extremos constitucionales

Veamos, en primer lugar, el problema del carácter paternalista de las leyes democráticas que impiden o dificultan a los ciudadanos la realización de actos que les suponen un daño o el aumento del riesgo de daño o la pérdida de un beneficio. Puesto que el legislador es un parlamento democráticamente elegido, sus leyes paternalistas pueden verse como supuestos de auto-paternalismo, o como no paternalistas en absoluto (si es que se parte de que el “auto-paternalismo” es una *contradictio in terminis*). Algunos autores han sostenido enfáticamente esta idea. Así, por ejemplo, Cass R. Sunstein sostiene que algunas de las leyes que hasta ahora hemos considerado ejemplos de paternalismo, tales como “la obligación de llevar el cinturón de seguridad, la ilegalización del uso o posesión de narcóticos, la exigencia de un presupuesto equilibrado y el establecimiento de medidas de seguridad social y bienestar”²⁹, son, de hecho, conductas pertenecientes a una “categoría bastante diferente”:

“Las leyes pueden, dicho brevemente, reflejar las ‘preferencias sobre preferencias’, o ‘preferencias de segundo orden’, a expensas de las preferencias de primer orden. Este fenómeno –el cierre voluntario de

²⁹ Véase: Sunstein, Cass R.: “Legal Interference with Private Preferences”, en *The University of Chicago Law Review*, 53(1986), pp. 1140-41.

elecciones de consumo- es el análogo político de la historia de Ulises y las Sirenas”³⁰.

Jon Elster manifiesta una opinión básicamente coincidente con la de Cass R. Sunstein:

“El análisis del Estado paternalista puede verse a la luz de estas ideas. En la medida en que la prohibición de anunciar cigarrillos se debe a los propios consumidores, reales o potenciales, que desean protegerse contra las Sirenas de la publicidad, no podemos hablar de paternalismo. Lo mismo puede decirse de la propuesta a introducir un día a la semana libre de televisión, para estimular las actividades políticas o culturales; o el empleo obligatorio de los cinturones de seguridad. Huelga decir, creo yo, que las personas son libres de atarse a sí mismas (por medio de leyes) a atarse a sí mismas (con cinturones de seguridad) o a proteger sus valores “más profundos” contra los más impulsivos. Los problemas arduos surgen cuando estas restricciones son impuestas a las personas contra sus preferencias *ex ante facto* (tal vez *ex post facto*). Me parece bastante claro que el gobierno no tiene el derecho de proteger al público contra la televisión un día de cada siete si el público no desea ser protegido. Es mucho menos obvio que el gobierno no deba tener el derecho de hacer obligatorio el empleo de cinturones de seguridad, pues aquí se está pidiendo al Estado pagar la cuenta si ocurren accidentes”³¹.

Estos autores parten de considerar que el paternalismo es una conducta injustificable y, en la medida en que los contratos Ulises les parecen plausiblemente justificados, niegan que estos contratos puedan ser calificados de paternalistas. Sin embargo, me parece que estos autores desprecian algunas diferencias importantes entre la versión individual y la política de la situación Ulises. Estas diferencias apuntan a que la versión política es *auto*-paternalismo en un sentido más débil que en la versión individual y que, en consecuencia, parece más paternalismo *tout court*. Al final, la negativa a calificar a las leyes democráticas como paternalistas puede explicarse únicamente como la negativa a aceptar supuestos de paternalismo justificado. Veamos, cuáles son esas diferencias.

En primer lugar, algunos autores han señalado con razón³², que las leyes paternalistas de una legislatura democrática no son *auto*-paternalismo, al menos, de la

³⁰ Sunstein, Cass R.: “Legal Interference with Private Preferences”, *cit.*, p. 1140.

³¹ Elster, Jon: *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, *cit.*, pp. 144 y 145.

misma manera que lo es un contrato Ulises individual, porque para ser consideradas de esta manera deberían ser leyes apoyadas *unánimemente* en su creación por el conjunto de destinatarios de la misma. Además, durante todo el tiempo de su vigencia los ciudadanos deberían mostrar que tienen una preferencia de segundo orden, una preferencia sobre sus preferencias, de ser limitados por el Estado en algunas acciones que, teniendo la oportunidad de realizar, creen que realizarán.

En segundo lugar, aunque se admita que el auto-paternalismo comunitario es siempre, en el contexto de una sociedad moderna, auto-paternalismo *mayoritario*, ni siquiera me parece apropiado entender que la “mayoría” es la que *consiente* a una interferencia paternalista con sus preferencias privadas. Las legislaturas democráticas raramente recurren al referéndum para guiar su acción legislativa y, más que seguir la voluntad de una mayoría en torno a medidas específicas, operan, como señalaba Gerald Dworkin, con una especie de cheques en blanco, de cuyo buen uso se responde en las periódicas elecciones. En mi opinión, el sentido en el que una mayoría puede *apoyar* estas leyes es muy diferente del modelo del consentimiento o requerimiento individual. Se trataría más que de una autorización de una aquiescencia o aceptación a un esquema general de gobierno en el que este tipo de legislación paternalista tiene cabida.

En tercer lugar, me parece que hay cierta incoherencia de fondo en el rechazo a hablar de paternalismo cuando se quiere poner el énfasis, a la vez, en que hay muy buenas razones para no tomar las preferencias privadas de los ciudadanos como datos que el sistema político debe incuestionablemente implementar. Esto es algo muy claro en el trabajo de Cass R. Sunstein³³ cuyo punto de partida, es cuestionar precisamente la idea de

³² Véase: Schonsheck, Jonathan: “Deconstructing Community Self-paternalism”, en *Law and Philosophy*, 10(1991), pp. 29-49.

³³ Hay que advertir, no obstante, que Cass R. Sunstein muestra cierta vacilación sobre si puede o no calificarse como paternalismo el supuesto de una mayoría que prefiere no tener ciertas preferencias y para ello acude al Estado. Su trabajo se centra en las principales situaciones en las que el Estado anula elecciones individuales que no dañan a otros. El autor reconoce que de estas situaciones el paternalismo (que define como “forzar a la gente a hacer algo que prefieren no hacer en razón de que eso es su verdadero interés”) es el caso más claro de este tipo de situaciones, pero añade que el concepto de paternalismo es oscuro y oculta una gran número de distinciones. Sin embargo, no queda claro si su trabajo es sacar a la luz las distinciones que encierra el concepto de paternalismo o el paternalismo sería sólo un tipo de intervención con las preferencias privadas de los ciudadanos. A esto último apunta su afirmación de que “se puede rechazar el paternalismo como una razón general para no considerar elecciones pero al mismo tiempo negar tautologías que descansan sobre “preferencias reveladas” (*op. cit.*, p. 1138). Igualmente, el autor admite que todas sus categorías son entendidas en ocasiones como supuestos de paternalismo, pero que “en cierta manera” pertenecen a una diferente categoría. Finalmente, sobre las *preferencias colectivas* señala que se trata de un fenómeno “bastante” diferente del paternalismo “ordinario” o “de un sistema en el

que si las preferencias de los ciudadanos son verdaderamente privadas (que no dañan a terceros) deben ser siempre respetadas.

Finalmente, cabe recordar la crítica que se dirigió a Joel Feinberg sobre este punto. Este autor sostiene que si una ley trata de proveer a la mayoría los medios para asegurar sus objetivos y no de “imponer prudencia sobre la minoría involuntaria”, entonces el fundamento de la ley no es paternalista³⁴. La cuestión es que la descripción “ley que trata de proveer a la mayoría los medios para asegurar sus objetivos” oculta, a mi juicio, la peculiaridad de estas leyes. Quizás la descripción más ajustada sea la de “ley que trata de imponer prudencia sobre la mayoría que lo tolera”, la cual hace mucho más plausible su calificación como paternalista o auto-paternalista. Cuando los objetivos de una mayoría son cerrarse ciertas opciones, porque se prefiere no tener ciertas preferencias, nos encontramos de nuevo con los problemas que suelen discutirse en relación con el paternalismo.

Por todo ello, a mi juicio, merece ser considerada paternalismo la versión política de los contratos Ulises, además de por las razones señaladas para la versión individual, porque detrás de la aparente sencillez de la idea de una comunidad decidiendo utilizar el Derecho para cerrarse ciertas opciones que son valoradas negativamente se esconde una realidad compleja en la que una mayoría tolera ciertas medidas de intervención benevolente por parte de las autoridades.

El otro problema es el de la auto-restricción que una legislatura puede imponerse a sí misma o, en el paradigma constitucionalista, el de la rigidez constitucional (auto-paternalismo estricto político). Aquí, aparentemente, la aprobación de una norma por la cual ciertas reglas constitucionales son inmodificables hace imposible al propio constituyente cambiar esas reglas y respetar, a la vez, el Derecho. Francisco Laporta ha señalado tres dificultades para asimilar este caso a la versión individual del contrato Ulises: En primer lugar, porque a diferencia de en el caso de Ulises, “quienes ordenan la vinculación no son generalmente los que la van a sufrir (...) se trata de individuos

que la mayoría impone su propia voluntad sobre la minoría porque desaprueba su conducta en cuestión” (*op. cit.*, p.1141). Véase: Sunstein, Cass R.: “Legal Interference with Private Preferences”, *cit.*

³⁴ Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self*, *cit.*, p. 22. Véase, igualmente, el apartado 6 del capítulo III de esta tesis.

distintos o de generaciones distintas”³⁵. En segundo lugar, porque el Ulises que decide atarse a sí mismo juzga que el Ulises del futuro estará perturbado, dominado por las pasiones, de ahí que, transplantado a términos constitucionales, esto pone de manifiesto:

“una desconfianza hacia las mayorías democráticas del futuro que expresa un paternalismo en sentido estricto, es decir, un paternalismo para con los otros y no solamente un auto-paternalismo como pudiera ser el caso del ingenioso Ulises. El complejo fenómeno jurídico, político y ético del constitucionalismo vendría así a asentarse en un gigantesco acto de paternalismo para el que no saben darse razones de mayor peso que esas limitaciones de la racionalidad”³⁶.

Finalmente, en tercer lugar, porque no “está probada esa presunta lucidez del constituyente”, de manera que lo que está siendo protegido es, muchas veces, “lo pasional e interesado de los constituyentes que se blinda frente a la racionalidad de las futuras generaciones democráticas”³⁷.

La última consideración de Francisco J. Laporta trata de negar que las Constituciones modernas puedan verse como paternalismo, al faltar la finalidad benevolente por parte del constituyente, mientras que las dos primeras niegan que se trate de genuino *auto*-paternalismo (como lo sería la versión individual del contrato Ulises). Respecto a lo primero, hay que señalar que son muchos los que, aún sin aceptar la denominación de “paternalismo”, han entendido que las constituciones son mecanismos de pre-compromiso. En palabras de Jon Elster: “elaboradas por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra su previsible tendencia a tomar decisiones imprudentes”³⁸. Si algunas disposiciones constitucionales responden en su creación a esta finalidad o, muy al contrario, son el resultado de la batalla política entre grupos que quieren hacer prevalecer sus intereses, me parece que es una cuestión de hecho: por ejemplo, Jon Elster señala que “cuando el Parlamento Constituyente húngaro, en los años 1989-1990, votó a favor de la creación de un Tribunal Constitucional con atribuciones muy amplias, que le conferían la capacidad de revocar las decisiones emanadas del

³⁵ Laporta, Francisco J.: “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa* 24 (2001), p. 464.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Elster, Jon: “*Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, pre-compromiso y restricciones*”, ed. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 111.

Parlamento, eso constituyó un acto explícito de auto-limitación”³⁹. Ahora bien, tratándose de normas jurídicas, no es tan importante el propósito inicial de quienes las aprueban como el funcionamiento de la norma en el sistema, es decir, cómo es entendida y aplicada por los operadores jurídicos.

Las dos primeras consideraciones de Francisco J. Laporta apuntan a que el paternalismo constituyente es, en realidad, hetero-paternalismo, porque unos sujetos (el poder constituyente) imponen ciertas limitaciones a otros (el poder constituido), sobre el presupuesto de que estos últimos no tendrán las virtudes y el juicio suficiente para conducirse de forma racional. A mi juicio, esto es correcto si se interpreta la rigidez constitucional como un caso de paternalismo.

En resumen, mi propuesta es tomar un concepto amplio y neutral de paternalismo, que trata de captar el mínimo común denominador a un conjunto de problemas que suelen plantearse juntos. El auto-paternalismo sería, desde esta perspectiva, un tipo de paternalismo en la versión individual y política de los contratos Ulises y en la versión política del auto-paternalismo estricto. En el caso de los contratos Ulises, tanto en su versión individual como política, siguen apareciendo los dos sujetos de la relación paternalista y la diferencia con los supuestos de “hetero-paternalismo” consiste en la existencia de un consentimiento anterior por parte del sujeto B (aunque, como se acaba de decir, en la versión política no se trata de un genuino consentimiento). El caso del sujeto que se cierra opciones sin acudir para ello al compromiso de otro es, quizás, el que con más propiedad puede denominarse *auto-paternalismo*, pero, a la vez, es donde más dudoso resulta si el auto-paternalismo merece ser considerado un tipo de paternalismo o constituye una categoría *sui generis*.

2.3.3. La finalidad del paternalismo

En la definición de paternalismo propuesta se ha señalado que la finalidad del paternalismo consiste en que A trata con acto de evitar que B tome decisiones o lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño y/o la pérdida de un beneficio (siendo estos daños y beneficios de tipo físico, psíquico o económico). El análisis de esta condición definitoria es importante

³⁹ Elster, Jon: *Ulises desatado*, cit., p. 113.

porque este análisis debe aclarar las relaciones entre paternalismo y perfeccionismo, lo cual tiene importantes implicaciones para el problema de la justificación de las interferencias paternalistas.

2.3.3.1. La distinción entre “evitar un daño” y “beneficiar”

Como hemos visto, uno de los debates más recurrentes sobre el concepto de paternalismo es sobre si éste persigue “beneficiar” o tan sólo “evitar daños”. Trataré, en primer lugar, de la distinción conceptual entre estos dos tipos de actos y, en segundo lugar, de la conexión de la misma con la distinción entre paternalismo y perfeccionismo jurídico.

Lo primero que hay que advertir es que “beneficiar” se puede usar en un sentido genérico que englobaría también a “evitar daños” y en un sentido estricto que no englobaría a “evitar daños”. Para saber si una definición de paternalismo en términos de “beneficiar” en sentido genérico es demasiado amplia hay que comprender primero la distinción entre el sentido estricto de “beneficiar” y el de “evitar daños”

La noción de “evitar daños” es un caso particular de la noción más genérica de “evitar p” donde p es una variable de un estado de cosas cualquiera⁴⁰. Esta noción

⁴⁰ Sostiene G. H. von Wright que hay cuatro tipos de cambios elementales, que se definen de la siguiente manera: siendo “P” un estado de cosas, “T” el paso a una nueva ocasión espacio-temporal y “~” la negación, entonces: $\neg pTp$; $pT\neg p$; pTp ; y $\neg pT\neg p$. A partir de esta noción de cambio elemental, G. H. von Wright introduce la de “acto elemental” como aquel “cuyo resultado es un cambio elemental”. La idea fundamental para distinguir los cambios elementales, entendidos como meros sucesos, de los actos elementales es la noción de “agente”: todo acto requiere de un agente que lo lleve a cabo, mientras que los sucesos ocurren *por sí mismos*. Utilizando el símbolo *d* por actuar, obtenemos las siguientes descripciones de los cuatro cambios elementales: $d(\neg pTp)$ (producir p); $d(pT\neg p)$ (destruir p); $d(pTp)$ (conservar p); y $d(\neg pT\neg p)$ (evitar p). El primero de los actos elementales, *producir p*, representado por $d(\neg pTp)$, describe, por ejemplo, el acto de abrir la ventana. Este acto sólo puede (lógicamente) ser hecho si se cumplen dos condiciones: primera, que se cumpla $\neg p$, en este caso que la ventana esté cerrada y, segunda, que “el cambio descrito por $\neg pTp$ no suceda, como si dijéramos, *por sí mismo*”. Esta última condición es la que distingue el *acto* del mero *suceso* e implica que si el agente no hubiera actuado, el cambio no se habría producido en esa particular ocasión. El segundo de los actos elementales, *destruir p*, representado por $d(pT\neg p)$, describiría el acto de cerrar la ventana. Las condiciones que deben darse son, evidentemente, que se de p en la primera de las dos ocasiones e, igualmente, que el cambio no se produzca por sí mismo. En cuanto a los actos restantes, von Wright explica: “¿Qué acto describe $d(pTp)$? pTp significa que el mundo no cambia en la característica descrita por p, en dos ocasiones sucesivas. ¿Puede ser esto un resultado de la acción? Ciertamente que sí. El mundo pudiera cambiar en una característica determinada, a menos que haya algún agente que se lo impida. Esta es la clase de acción que describe $d(pTp)$. Podemos llamarlo ‘el conservar p’. Este acto puede hacerse, siempre que el estado descrito por p se dé inicialmente, y cambiaría a su estado contradictorio a menos que el cambio se impidiera mediante la acción (...) Finalmente, $d(\neg pT\neg p)$, describe el acto de mantener el mundo sin cambios en la característica descrita por $\neg p$.”

requiere conceptualmente que haya en el mundo una tendencia al cambio, de un estado de cosas a otro estado de cosas. Si asumimos el concepto de daño de Joel Feinberg, “evitar un daño a B” sería “evitar el paso de un nivel de satisfacción de los intereses de B a otro nivel inferior de satisfacción de los intereses de B”⁴¹. El motor del cambio en el contexto del paternalismo serían las propias acciones y omisiones de B, de manera que el paso de un estado de cosas a otro estado de cosas se produce porque B no hace lo que tenía que hacer (no se evita daños) o hace lo que no tenía que hacer (se daña). Por tanto, tratándose de interferencias paternalistas la finalidad sería “evitar que B se dañe por acción u omisión”.

“Beneficiar” sería, por su parte, un caso particular de la noción más genérica de “producir p” donde p es un estado de cosas cualquiera. “Producir un beneficio a B” sería provocar el paso de un nivel de satisfacción de los intereses de B a un nivel superior de satisfacción de los intereses de B. Aquí se requiere, a diferencia del caso anterior, que no haya una tendencia de cambio en el mundo⁴². En este caso, sin la intervención paternalista los intereses de B se mantendrían en un nivel de satisfacción x, mientras que con la intervención pasarían, por ejemplo, a un nivel x+1. Ahora bien, para actuar paternalistamente no basta con poner al alcance de alguien un beneficio que estaba fuera de su alcance. La acción paternalista puede consistir en imponer a alguien un beneficio que estaba a su alcance pero no quería (seguramente, porque no lo considera un

Podríamos llamar a este acto ‘evitar p’. Este acto puede hacerse siempre que el estado descrito por $\sim p$ se dé, pero cambiaría al estado descrito por p a menos que se impida mediante una acción.”. Estos mismos cambios se pueden producir por omisión, en cuyo caso las formas serían: $f(\sim pTp)$, etc. Véase: Von Wright, G. Henrik: *Norma y Acción (Una investigación lógica)*, ed. Tecnos, Madrid, 1979, p. 47 y ss.

⁴¹ Sobre el concepto de daño de Joel Feinberg, véase el apartado 7.2 del capítulo III de este trabajo. La acción de dañar, de acuerdo con la concepción de daño de Joel Feinberg, puede explicarse como una acción que “hace retroceder” (*to set back*), “hace fracasar” (*to defeat*), “bloquea” (*to thwart*) o “retrasa” (*to impede*) el interés de una persona, en virtud de lo cual su poseedor es dañado. Común a todas estas expresiones, explica Joel Feinberg, es la idea de un punto de partida o línea de base a partir de la cual la dirección de avance o retroceso de un interés es medida. Se podría representar un interés de una persona en un eje de coordenadas, como una curva que declina con un acto dañoso y, por el contrario, asciende si se trata de un acto beneficioso. Si “beneficiar” significa hacer avanzar los intereses de un sujeto, la noción de “evitar daños” (también “evitar beneficios”) se caracteriza porque “el efecto del comportamiento de intervención –dice Joel Feinberg- es dejar los intereses de la segunda parte exactamente donde estaban al comienzo, por medio de bloquear, interceptar o desviar los sucesos (o conducta de una tercera parte) que de otra manera los habrían avanzado o hecho retroceder”. Para que sea posible “evitar daños” (o “evitar beneficios”) es lógicamente necesario que existan otras fuentes de efectos adversos (o favorables) a los intereses de una parte o, dicho con otras palabras, que exista una tendencia en el mundo de cambio a peor (o a mejor). Véase, igualmente: Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., pp. 52 y ss.

⁴² Siguiendo a George Henrik von Wright diríamos que la tendencia en el mundo es a que el paso a la mejor situación no se produzca por sí sólo.

beneficio) o en, primero, ponerlo a su alcance y, después, imponérselo. En uno u otro caso, que el beneficio esté al alcance del sujeto tratado paternalistamente es un requisito de la acción paternalista. Parece, entonces, que la descripción más correcta de esta situación sería la de “evitar la omisión de B de aprovechar un beneficio”. Así, la finalidad paternalista consistirá siempre en evitar que B se dañe o que incremente el riesgo de sufrir un daño, por un lado, o evitar que B no aproveche un beneficio, por otro⁴³.

¿Cuál es la relevancia moral de estas distinciones? Como punto de partida se diría que el paternalismo justificado siempre tendrá como finalidad la de evitar que B se dañe y que un paternalismo orientado a evitar que B no aproveche algún beneficio sería una forma extrema o radical de paternalismo que no puede justificarse. Pero si este punto de partida es acertado tiene que ser por algo más que por las consideraciones formales que se han hecho y que permiten distinguir entre las nociones de “evitar un daño” y “evitar la pérdida de un beneficio”. La clave está en que estas distinciones no toman en cuenta cuál es nivel de satisfacción del interés de B, ni la importancia de este interés para B. Así, evitar que Bill Gates pierda 20 dolares es evitar un daño a Bill Gates de la misma manera que evitar que un mendigo pierda su últimos 20 dólares sería evitar un daño al mendigo. Por otro lado, si impido a Bill Gates perder la oportunidad de incrementar su patrimonio en 20 dólares estaría evitando que Bill Gates omitiera aprovechar un beneficio, de la misma manera que si impido al mendigo perder la oportunidad de ganar 20 dólares le estaría evitando la omisión de aprovechar un beneficio. Ahora bien, se diría que, en este último caso, la pérdida de ese beneficio es también muy probablemente un daño para el mendigo, dado que el nivel de satisfacción de su interés en tener dinero estará por debajo de una línea de base normal y dado que ése será un interés muy importante para el sujeto. Igualmente, se diría que la pérdida de 20 dólares para Bill Gates no es un daño para él y

⁴³ La distinción entre “evitar daños” y “beneficiar” y, en general, la discusión sobre los conceptos de “daño” y “beneficio” es notablemente compleja. Aquí he tratado de ceñirme a lo estrictamente necesario para aclarar la finalidad de la intervención paternalista. Si no me equivoco, las dos fuentes principales de complejidad en torno a estos conceptos son el problema de las omisiones (la cuestión, por ejemplo, de si no evitar daños es un caso de dañar o de no beneficiar) y el problema de los usos normativos de “daño” (como la inflicción *injusta* de un mal) y “beneficio” (como la concesión *gratuita* de un bien). Sobre estos problemas, véase: Feinberg, Joel: *Harm to Others*, cit., pp. 126-186; Garzón Valdés, Ernesto: “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa*, 3(1986), pp. 17-33; y Bayón, Juan Carlos: “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites”, en *Doxa* 3(1986), pp. 35-54.

que evitar esa pérdida no es evitar un daño a Bill Gates, éste, a diferencia del mendigo, puede permitírselo.

De lo anterior se deriva que evitar la omisión de aprovechar un beneficio, cuando este “beneficio” consiste en avanzar un interés de extraordinaria importancia cuyo nivel de satisfacción está por debajo de lo normal es equivalente a evitar un daño. Dicho de otra manera, que cualquier intervención orientada a evitar que las necesidades básicas, intereses del bienestar o bienes primarios de B permanezcan (o no caigan) por debajo de una plausible línea de base de satisfacción de los mismos es una intervención que puede ser correctamente descrita como de “evitar daños a B”. Estos *intereses de bienestar*, como vimos, se caracterizan, en primer lugar, porque cuando son perjudicados la persona es seriamente dañada, pues también sus últimas aspiraciones se ven negativamente afectadas; y, en segundo lugar, porque forman una cadena que no es más fuerte que el más débil de sus eslabones.

Lo mismo ocurriría con aquellos intereses de un individuo que sin ser primarios o básicos son para él de particular importancia, uno de esos *intereses ulteriores* a los que hacía referencia Joel Feinberg⁴⁴, puesto que entendemos con frecuencia que impedir que alguien pierda una oportunidad de promover la satisfacción de ese interés es lo mismo que evitarle un daño, dada la importancia que le atribuye el propio sujeto: pensemos, por ejemplo, en una estudiante de doctorado que va a rechazar una invitación a completar su formación en una prestigiosa universidad extranjera, se trata de una oportunidad única que mejoraría sustancialmente su currículo. Dado el fuerte compromiso de la estudiante con la carrera académica, se diría que tratar de disuadirla de su decisión de no viajar es tratar de evitarle un daño y no sólo la pérdida de un beneficio⁴⁵.

⁴⁴ Véase el apartado 7.2.2. del capítulo III de esta tesis.

⁴⁵ Recordemos que, para Joel Feinberg, hay dos estándares fundamentales para medir la importancia de un interés. Según uno de ellos, los objetivos y aspiraciones últimos son los más importantes: por ejemplo, escribir una gran novela, lograr la fama, hacer una tesis doctoral, etc. Según otro estándar, los intereses más importantes son los medios para lograr cualesquiera objetivos, un tipo de intereses presumiblemente compartidos por todos. Estos son llamados por Joel Feinberg “intereses de bienestar” (*welfare interests*): por ejemplo, el interés en gozar de salud física, en la ausencia de graves padecimientos o en tener un aspecto que no sea grotesco, una mínima estabilidad emocional, cierto ámbito de libertad, etc. Véase el apartado 7.2.2. del capítulo III de esta tesis.

La conclusión sería, a mi juicio, que la relevancia moral atribuida a la distinción entre “evitar un daño” y “beneficiar” en el ámbito de la discusión sobre el paternalismo, se explica al introducir en el análisis consideraciones sobre la naturaleza de los intereses en juego y su nivel de satisfacción. Así, parece que la finalidad de “evitar la omisión de aprovechar un beneficio” sería, por exclusión, la finalidad de aquellas intervenciones paternalistas que *no* tratan de proteger intereses básicos o necesidades primarias y que tampoco tratan de proteger intereses ulteriores de los individuos reconocidos como tales por ellos mismos.

Si las anteriores consideraciones son correctas, podemos avanzar en la comprensión de las relaciones entre paternalismo y perfeccionismo. El paternalismo orientado a “evitar daños” descansaría o bien sobre la teoría de las necesidades básicas o bien sobre una hipótesis de cuáles son los planes de vida y las preferencias subjetivas que los individuos han adoptado libremente. Por su parte, el paternalismo orientado a evitar que B pierda un beneficio descansaría sobre una particular concepción de lo bueno que los individuos afectados no reconocen como tal.

A partir de aquí, se plantean dos opciones conceptuales. La primera, siguiendo a Ernesto Garzón⁴⁶ o Carlos S. Nino⁴⁷, sería considerar paternalismo sólo a aquellas intervenciones orientadas a evitar daños y perfeccionismo a aquellas orientadas a evitar la pérdida de un beneficio. La segunda, siguiendo a Manuel Atienza⁴⁸ o Joel Feinberg⁴⁹, sería considerar al paternalismo que trata de “evitar la pérdida de un beneficio” como una forma de paternalismo extremo o radical que presupone el perfeccionismo. A mi juicio, las dos opciones son plausibles⁵⁰, pero me inclino por la primera, puesto que,

⁴⁶ Véase el apartado 2.1. del capítulo IV de esta tesis.

⁴⁷ Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, *cit.*, p. 142.

⁴⁸ Atienza, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, en *Doxa*, *cit.*, p. 205.

⁴⁹ Véase el apartado 9 del capítulo III de esta tesis.

⁵⁰ Joseph Raz admite la plausibilidad de estas dos posturas: ver el paternalismo como diferente del perfeccionismo o al perfeccionismo como una forma de paternalismo. En ambos casos, la diferencia reside en que el paternalismo (*strictu sensu*) afecta a valores que son meramente instrumentales (por ejemplo, garantizar la seguridad de actividades que el individuo desea llevar a cabo) mientras que el perfeccionismo iría más allá al promover medidas orientadas a que los individuos adopten fines valiosos y abandonen fines inferiores. Véase: Raz, Joseph: *The Morality of Freedom*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 420 y 421.

según creo, la discusión moral sobre la justificación de un tipo u otro de intervenciones tiene caracteres diferenciados. En consecuencia, habría que hacer una última revisión de la definición propuesta de la siguiente manera:

El agente A ejerce paternalismo sobre B si y sólo si:

- 1) *A ejerce poder sobre B,*
- 2) *con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico).*

2.3.3.2. Evitar daños físicos, psíquicos o económicos

Siguiendo las propuestas de Joel Feinberg⁵¹ y Ernesto Garzón⁵², he partido de considerar que la finalidad de la intervención paternalista consiste específicamente en evitar daños de cierta naturaleza, esto es, daños de tipo físico, psíquico o económico. Esta restricción deja fuera los denominados “daños morales” que, según la caracterización que de los mismos hace Joel Feinberg, serían daños al carácter de un individuo, entendido éste como un conjunto de disposiciones a actuar de cierta manera. Algunas de estas disposiciones las consideramos “virtudes” como, por ejemplo, la valentía o la franqueza y otras “defectos” como, por ejemplo, la pereza o la insinceridad⁵³.

El paternalista moralista trataría de evitar que los individuos lleven a cabo acciones que tienen como consecuencia la degradación de su carácter. Éste sería el caso, por ejemplo, de la interferencia orientada a evitar que los individuos consuman pornografía, presuponiendo que tal consumo tiene como consecuencia la degradación de su carácter moral haciéndoles menos moderados, más egoístas, etc.

Hay dos razones principales para limitar el concepto de paternalismo a la evitación de daños (o riesgos de daños) de tipo físico, psíquico y económico y no extenderlo a la evitación de daños morales.

⁵¹ Véase el apartado 2 del capítulo III de esta tesis.

⁵² Véase el apartado 2.1. del capítulo IV de esta tesis.

⁵³ Véase el apartado 7.2.4. del capítulo III de esta tesis.

La primera de ellas es que desde la fundacional discusión entre Patrick Devlin y Herbert L. A. Hart, tanto entre los defensores del moralismo jurídico como entre sus detractores, se ha admitido la posibilidad de distinguir de esta manera entre “paternalismo” y “perfeccionismo”. Así, por ejemplo, Vinit Haksar⁵⁴ o Joseph Raz⁵⁵, defensores de la plausibilidad de un perfeccionismo liberal, también admiten cierta distinción conceptual entre paternalismo y perfeccionismo. Vinit Haksar, por ejemplo, siguiendo a John Rawls entiende que el paternalismo perseguiría evitar daños a los sujetos de acuerdo con las preferencias e intereses establecidas de estos mismos (en la medida en que no sean irracionales) o, si estas preferencias e intereses no son conocidos, de acuerdo con la teoría de los bienes primarios⁵⁶. Joseph Raz, por su parte, sugiere que el paternalismo podría caracterizarse como una intervención que trata de proteger bienes puramente instrumentales, mientras que el perfeccionismo por él defendido iría más allá

⁵⁴ Rodolfo Vázquez ha resumido la doctrina perfeccionista de Vinit Haksar de la siguiente manera: “Así, por ejemplo –dice Rodolfo Vázquez-, Vinit Haksar piensa que la expresión “perfeccionismo” ha sido usada para referirse a dos tipos de creencias: (i) Algunos seres humanos son intrínsecamente inferiores a otros; (ii) Algunas formas de vida humana son intrínsecamente inferiores a otras. (i) es una versión fuerte –continúa este autor- del perfeccionismo mientras (ii) es una versión débil; (i) implica a (ii) pero no a la inversa: se puede creer consistentemente que existe un plan de vida superior a otro sin que esto implique creer que algunos seres humanos son superiores a otros. Desde el punto de vista ético-político, las consecuencias de aceptar (i) o (ii) resultan distintas: mientras en (i) el Estado lógicamente puede llegar hasta el extremo de sacrificar a los hombres inferiores en aras del beneficio de los superiores, en (ii) el Estado debe promover planes de vida superiores a otros sin violar el principio de igual respeto a los seres humanos. Asimismo, mientras que (i) justificaría una política de intolerancia con los modos de vida inferiores; en (ii) el principio de igual respeto exigiría una actitud de tolerancia con los planes de vida inferiores. Pienso –explica Rodolfo Vázquez- que una formulación más completa de ambas versiones del perfeccionismo podría ser la siguiente: (i) Algunos seres humanos son intrínsecamente inferiores a otros y el Estado debe promover los planes de vida de los hombres superiores y prohibir los de los inferiores; (ii) Algunas formas de vida humana son intrínsecamente inferiores a otras y el Estado debe promover las superiores y desalentar las inferiores.”, en Vázquez, Rodolfo: *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, ed. Fontamara, México, 1997. Véase: Haksar, Vinit: *Equality, Liberty and Perfectionism*, ed. Oxford University Press, 1979.

⁵⁵ Rodolfo Vázquez ha resumido la doctrina perfeccionista de Joseph Raz de la siguiente manera: “Para Raz –dice Rodolfo Vázquez-, el principio de autonomía es un principio perfeccionista. La vida autónoma es valiosa sólo si se ordena a la prosecución de proyectos y relaciones humanas aceptables y valiosas. El principio de autonomía permite, más aún, requiere, gobiernos para crear oportunidades moralmente valiosas y para eliminar las reprobables. El liberalismo de Raz –continúa Rodolfo Vázquez- es compatible con una posición perfeccionista si se aceptan las siguientes premisas. Primera, que el valor de los planes de vida de las personas se justifica por razones independientes a las creencias; segunda, que el perfeccionismo no supone necesariamente la imposición coercitiva de otros planes de vida; y tercera, que permitir que los gobernantes actúen de acuerdo con ciertos ideales no supone una moral rigorista”, en Vázquez, Rodolfo: *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, cit., pp. 65 y 66. Véase: Raz, Joseph: *The Morality of Freedom*, cit.

⁵⁶ Haksar, Vinit: *Equality, Liberty and Perfectionism*, ed. Oxford University Press, 1979.

al comprometerse con la promoción de fines valiosos⁵⁷. Estos puntos de vista serían, además, coherentes con la perspectiva general sobre el paternalismo aquí defendida, de acuerdo con la cual el paternalista presupone algún defecto de juicio o voluntariedad en el sujeto tratado paternalistamente de manera que necesita ser protegido de sí mismo.

La segunda razón para no incluir la noción de “daño moral” en la definición de paternalismo es que, como sostiene Joel Feinberg, es discutible que estos “daños” lo sean en el mismo sentido que los daños de tipo físico, psíquico o económico. No cabe duda de que algunas virtudes pueden promover o proteger el bienestar de un individuo, pero también es cierto que lo mismo puede decirse de algunos defectos y que, además, a veces el ejercicio de las virtudes puede exigirnos sacrificios. Para que el ejercicio de las virtudes coincida siempre con el bienestar del individuo, éste tiene que haber alcanzado el difícil punto de progreso moral en el que sólo (y siempre) encuentra la felicidad haciendo lo correcto. Para la mayoría de las personas un defecto moral sólo se traducirá en un daño cuando afecte negativamente a sus intereses y esto puede no ocurrir si no se tiene un interés particular en ser virtuoso⁵⁸.

No obstante, hay que reconocer que hay un punto de coincidencia entre los defensores de la noción de “daño moral” y los paternalistas que tratan de evitar daños de tipo físico, psíquico y económico: tanto unos como otros parecen suscribir una concepción objetiva del bien que les permite sostener que los individuos pueden equivocarse sobre cuáles son sus intereses. En el apartado siguiente veremos qué consecuencias tiene esta coincidencia para distinguir entre paternalismo y perfeccionismo.

⁵⁷ Raz, Joseph: *The Morality of Freedom*, cit., p. 423.

⁵⁸ Mi tesis se limita a sostener que no es *necesario* que los defectos morales dañen los intereses de los individuos cuando estos no tienen un interés particular en ser virtuosos. La virtud de la sinceridad en un sujeto, por ejemplo, será en la mayoría de los casos buena o provechosa para los otros, pero la experiencia demuestra que puede perjudicar los intereses de quien la ejerce (salvo que, insisto, el interés del sujeto por ser virtuoso sea lo suficientemente importante como para compensar cualquier perjuicio a otro de sus intereses). Además, la sociedad se rinde fácilmente al éxito y, cuanto más grande sea éste, menos relevancia se le da a la forma de conseguirlo. Sin embargo, es innegable que muchas virtudes suelen ser útiles para el individuo que las ejercita: por ejemplo, la laboriosidad, el coraje, el buen juicio, la independencia, etc.

2.3.3.3. La distinción entre paternalismo y perfeccionismo

A lo largo de este trabajo, el perfeccionismo ha quedado vagamente caracterizado por oposición al paternalismo. En positivo, el perfeccionismo suele entenderse como una tesis sobre los fines legítimos del Estado, según la cual el Estado debe promover formas de vida objetivamente valiosas, incluso por medio de la coacción. A esta tesis política le subyace una tesis ética según la cual “existen pautas de la vida buena válidas universalmente, o para todas las personas, pautas que son independientes de los deseos o preferencias de éstas, y que consisten en el desarrollo de ciertas capacidades o potencialidades superiores del ser humano, como el conocimiento, la amistad o la experiencia estética”⁵⁹.

Con frecuencia, la cuestión de la aceptabilidad del perfeccionismo se ha planteado exclusivamente en relación con aquellos fines que el Estado puede perseguir por medio de la coacción y, en particular, de la coacción penal. Sin embargo, creo que, al igual que ocurre con respecto al paternalismo, es un error restringir la noción de perfeccionismo a las interferencias coactivas y, por el contrario, creo que es más clarificador acudir a la noción de ejercer el poder, en el sentido propuesto más arriba que deja fuera a la persuasión racional.

La conclusión es que paternalismo y perfeccionismo coinciden en la forma pero se distinguen por la finalidad de la intervención. Según lo dicho más arriba, mientras que el paternalismo se orienta a evitar daños y sólo daños de tipo físico, psíquico y económico, el perfeccionismo se orientaría a beneficiar (al perfeccionamiento) y los beneficios son de tipo moral (el logro de virtudes morales). Ambas intervenciones tendrían en común que la preocupación es por el mismo individuo que soporta la intervención.

La importancia de distinguir entre paternalismo y perfeccionismo se pone de manifiesto cuando la distinción se caracteriza de la siguiente manera: el paternalista apela como razón de su intervención a los planes de vida de los individuos o sus intereses tal y como ellos los conciben y el perfeccionista impone planes de vida que considera valiosos

⁵⁹ Colomer, José Luis: “Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos”, en Colomer, José Luis y Elías Díaz (eds.): *Estado, justicia y derechos*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 193.

a personas que no los aceptan. José Luis Colomer, por ejemplo, señala que en las interferencias paternalistas, al contrario que en las perfeccionistas, “no se trata de que el Estado imponga planes o formas de vida que se consideran valiosas contra el propio parecer y elección de los agentes, sino de desalentar o imponer conductas a favor de la satisfacción de las propias preferencias de los individuos, de las condiciones que las hacen posibles o de su capacidad de autonomía”⁶⁰. Efectivamente, hay una conexión conceptual entre la finalidad de “evitar daños” y las de satisfacer “las propias preferencias de los individuos” (se trataría de evitar daños a los intereses que el individuo realmente asume), de un lado, y de proteger las condiciones que hacen posible la satisfacción de las preferencias individuales o la capacidad de autonomía (se trataría de evitar daños a los intereses del bienestar, necesidades básicas, etc), de otro lado.

No obstante, que el paternalismo y el perfeccionismo se puedan diferenciar conceptualmente no implica que haya otro tipo de conexiones entre ambas figuras. En particular, se suelen señalar dos tipos de conexiones que, son a su vez, dos versiones del argumento de la pendiente resbaladiza: Según la primera, el ejercicio del paternalismo conduce, como cuestión de hecho, al ejercicio del perfeccionismo: una vez que el Estado se ha inmiscuido en la vida privada de los ciudadanos por motivos paternalistas, -rezaría el argumento-, no parará y terminará llevando a cabo interferencias perfeccionistas. Según la segunda, la justificación del paternalismo conduce lógicamente a la justificación del perfeccionismo. Este argumento, en ambas versiones, es falaz salvo que se explique el mecanismo por el que una cosa lleva a la otra. Por lo que respecta a la versión que podría denominarse causal del mismo, se diría que faltan datos que la apoyen. Por ejemplo, en España, el gobierno socialista de Rodríguez Zapatero ha puesto en práctica, a la vez, tanto medidas que ponen fin a situaciones cuyo mantenimiento se pretendía justificar en razones perfeccionistas (legalización del matrimonio de homosexuales), como medidas de carácter paternalista (lucha contra el tabaco, protección de la infancia, seguridad en el tráfico vial, etc.). Por lo que respecta a la segunda versión, la que se refiere a la conexión justificativa entre paternalismo y perfeccionismo, me parece que para rechazarla es necesario contar con unas adecuadas nociones de “daño” e “incompetencia”. La crítica precedente sobre el concepto de “daño moral” cumpliría esta función. Más adelante, al

⁶⁰ Colomer, José Luis: “Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos”, en Colomer, José Luis y Elías Díaz (eds.): *Estado, justicia y derechos*, cit., p.198.

tratar de la justificación del paternalismo trataré sobre la noción de “incompetencia”. Si es plausible una justificación del paternalismo libre de presupuestos perfeccionistas, se ha de juzgar, por tanto, a la luz de las concretas condiciones de justificación que se propongan.

2.3.3.4. Evitar daños auto-infligidos

La finalidad del paternalismo, como hemos visto, no consiste únicamente en “evitar daños” sino más específicamente en “evitar daños auto-infligidos”. Con respecto a esta cuestión, me parece que se plantean dos problemas importantes: primero, la posibilidad misma de la existencia de actos puramente auto-referentes y, segundo, la posibilidad lógica de considerar simultáneamente que un daño es *auto-infligido* y que el sujeto que lo lleva a cabo lo hizo de forma menos que voluntaria, en situación de incompetencia, etc.

A) *La existencia de actos puramente auto-referentes*

A lo largo de esta tesis, hemos tenido oportunidad de considerar los argumentos de John S. Mill, C. L. Ten o Joel Feinberg a favor de la posibilidad de distinguir aquellas conductas dañosas o peligrosas que son auto-referentes de aquellas que son hetero-referentes. Sobre este problema, tan sólo quisiera insistir ahora en dos puntos: primero, que esta distinción es relativa a una valoración social de lo que es exigible a los individuos y, segundo, que esa valoración parece estar en continuo movimiento. La crítica que vimos de Rudolf von Ihering a John S. Mill y Wilhelm von Humboldt se basa, precisamente, en afirmar que las exigencias de la sociedad al individuo crecen continuamente y que es inútil el esfuerzo de estos últimos por fijar un límite abstracto a las mismas.

Un argumento fundamental que pone en cuestión la categoría de actos auto-referentes es el que apela a la existencia de una fuerte *interdependencia* entre todos los individuos y que ha sido defendido por las doctrinas comunitaristas⁶¹. Estas doctrinas

⁶¹ Véase: Kleinig, John: *Paternalism*, cit., pp. 39-45. John Kleinig señala la interrelación (*interconnectedness*) entre los individuos se puede concebir de tres maneras generales: primera, de una forma radical, según la cual los asuntos de los individuos son *ipso facto* asuntos de la comunidad; segunda,

parecen ofrecer un buen argumento para la justificación del paternalismo pero, en realidad, cuestionan el marco de la discusión, de manera que se trata de eliminar la distinción entre principio de daño y principio paternalista (puesto que lo que uno hace nos afecta a todos) y suelen apoyar alguna forma de perfeccionismo (los valores comunitarios son constitutivos del bienestar individual)⁶².

En general, la tesis de la interdependencia entre el bienestar de los individuos parece ganar plausibilidad cuanto mayor sea el número de individuos que se embarcan en comportamientos auto-destructivos. Supongamos que una droga muy perjudicial para la salud es consumida sólo por unos cuantos individuos en la sociedad. La interferencia estatal orientada a evitar el consumo de esa droga podría ser considerada *puramente* paternalista en la medida en que los actos de estos pocos individuos son también *puramente* auto-referentes. No obstante, conforme aumente el número de consumidores es probable que los actos de consumo dejen de ser considerados como puramente auto-referentes y se empiecen a evaluar las consecuencias sociales de los mismos para los otros. Igualmente, conforme la preocupación por las consecuencias sociales gana terreno, la interferencia con los actos “privados” de consumo encaja menos en el ámbito de aplicación del principio de paternalismo jurídico y más en el del principio de daño a terceros. El problema para la teoría del paternalismo jurídico es que, aun cuando el Estado se oriente honestamente al bienestar de los ciudadanos, en la agenda política sólo entrarán aquellas cuestiones que constituyen problemas sociales. En realidad, se trata de un problema para la *relevancia* de la teoría del paternalismo jurídico, puesto que parecería que toda intervención estatal o no es paternalista en absoluto o como mucho es una forma impura de paternalismo.

A mi juicio, tal problema de relevancia es sólo aparente. Pensemos, por ejemplo, en la detracción obligatoria de una parte de los salarios para pensiones de jubilación. La regulación parece paternalista pero, según el argumento expuesto, sería irrelevante que lo fuera o no. No vale la pena indagarlo. Lo importante sería que quepa justificar tal regulación sin presuponer que es paternalista. Muchos defensores de estas medidas así lo

de una forma mínima, según la cual la comunidad no ofrece al individuo más que las condiciones para la subsistencia; y, tercera, de una forma intermedia, según la cual la comunidad es el contexto apropiado para el desarrollo (*flourishing*) humano.

creen y presentan diversos argumentos en su favor. Los dos más importantes creo que serían los siguientes: uno, que se trata de medidas que tienden a resolver problemas de coordinación social y a evitar la acción parasitaria de unos pocos y, dos, que se trata de una medida esencialmente redistributiva y solidaria. Supongamos ahora que se muestra que el problema de coordinación social es aparente, puesto que existe en la sociedad un sistema de seguros privados lo suficientemente fiable como para que los ciudadanos confíen en él sus planes de pensiones. En este caso, el problema (aparente) de la coordinación social no justificaría la contribución *obligatoria* a los planes de pensiones. Quedaría, no obstante, el problema de aquellos que no tienen ingresos como para contratar dichos planes, pero podríamos defender entonces que el Estado subvencionara la contratación de los seguros a estos ciudadanos, respetando de esta manera el principio de solidaridad (igual que subvenciona la compra de viviendas o los estudios universitarios). Ahora bien, imaginemos que con el tiempo una gran parte de las personas que tuvieron ingresos para contratar un plan de pensiones o que estaban en condiciones de solicitar la subvención del mismo no lo han hecho y que al llegar a la vejez no disponen de recursos para subsistir. Esto sería un problema social, sin duda, pero un problema social diferente del de la coordinación o el de la solidaridad, que consistiría específicamente en que los ciudadanos, con su imprevisión, se han dañado o se han puesto en una situación de alto riesgo de daños. Evitar estos daños disponiendo la contribución obligatoria a los planes de pensiones sería una medida paternalista. Éste es el sentido en el que una legislación social puede orientarse a evitar daños auto-infligidos y no daños infligidos por unos sobre otros.

B) El problema del comportamiento auto-destructivo voluntario

Quizás, éste sea uno de los problemas críticos en el discurso sobre el paternalismo. Es plausible poner en duda la posibilidad lógica de la existencia de daños auto-referentes si aceptamos, en una de sus interpretaciones, la máxima *volenti non fit injuria*. Si aquello que hacemos *voluntariamente* no puede dañarnos, cuando nos dañamos no actuamos voluntariamente. Pero si esto es así, entonces el daño que nos causamos no es genuinamente *auto-infligido*, de manera que el principio paternalista es redundante con el principio de daño a terceros (sobre todo en los casos de paternalismo

⁶² La forma extrema de este argumento consiste en sostener que los individuos tienen el deber de cuidarse a sí mismo para garantizar que estarán en condiciones de ayudar a los demás cuando estos lo necesiten.

indirecto). No habría nada interesante en la discusión sobre el paternalismo diferente de una doctrina sobre la implementación correcta del viejo principio de daño a terceros.

Para que la doctrina del paternalismo no quede absorbida de esta manera por la doctrina liberal del principio de daño, parece que la única alternativa es, primero, negar esa interpretación de la máxima “*volenti*” y, segundo, presentar la finalidad del paternalista como “evitar daños *voluntariamente* auto-infligidos” (el paternalismo fuerte de Joel Feinberg). Por el contrario, la posición que aquí se ha sostenido afirma, partiendo de una definición de la acción paternalista valorativamente neutral y basada en el punto de vista del agente paternalista, que en todo sincero paternalismo el agente A presupone un defecto de juicio, información, voluntariedad (competencia en general) en el sujeto B. Esta posición tiene que explicar en qué sentido es posible dañarse involuntariamente.

La explicación de cómo es posible auto-dañarse involuntariamente pasa por distinguir diferentes sentidos de “voluntariedad”. En primer lugar, “voluntario” puede entenderse como “una relación causal entre una volición del agente y sus movimientos corporales”⁶³. Daniel González Lagier explica que “éste es el sentido de ‘voluntariedad’ que usamos cuando decimos que lo que diferencia a las acciones de los meros movimientos corporales es su voluntariedad”⁶⁴. Cuando falta esta voluntariedad, a veces, se sostiene que ni siquiera hay acción en sentido propio. En relación con nuestro tema, parece que no hablaríamos de daño auto-infligido cuando no existe voluntariedad, en este sentido. Por ejemplo, si alguien pone un puñal en mi mano y me fuerza el brazo hasta clavármelo, no se diría que me he auto-infligido un daño. La acción de quien evitara que el puñal entre en mi cuerpo sería un rescate no un caso de paternalismo.

En segundo lugar, “voluntario” puede entenderse como “acción conforme a la intención o voluntad del agente”⁶⁵. No obstante, advierte Daniel González Lagier que

⁶³ González Lagier, Daniel: *Las paradojas de la acción*, ed. Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2001, p. 141.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

“a veces decimos que una acción intencional no es voluntaria, por ejemplo porque es obligatoria jurídicamente o porque ha sido realizada bajo amenazas o algún tipo de coerción, o en estado de necesidad, o sin que hubiera otro curso de acción alternativo. Estas acciones son, sin embargo, voluntarias en el primer sentido (proceden de una volición), y son también intencionales (en el sentido de que son interpretadas conforme a la intención del agente”⁶⁶.

De aquí se infiere que un sujeto puede auto-dañarse voluntariamente (en el sentido de que su acción procede de una volición) e involuntariamente (en el sentido de que su acción responde, por ejemplo, a una coacción externa). El paternalista considerará como daños auto-infligidos a los que se derivan de este tipo de acciones.

En tercer lugar, por “voluntario” puede entenderse “consecuencia no querida de una acción intencional”⁶⁷. La acción de fumar, por ejemplo, puede tener como consecuencia una grave enfermedad pulmonar. Desde el punto de vista del paternalista, este daño, la enfermedad, es auto-infligido (porque es “voluntario” en este último sentido) pero no intencionalmente buscado.

Recapitulando, se diría que el paternalista considera daños auto-infligidos a cualquier daño que el individuo se inflige “voluntariamente” en el sentido de que la acción u omisión procede de una volición y, con frecuencia, se refiere específicamente a aquellos daños que son “voluntarios” en el sentido de que el daño es una consecuencia no querida de una acción intencional.

3. La justificación del paternalismo

3.1. La distinción entre paternalismo fuerte y débil

Entendido el paternalismo según mi definición, ninguna doctrina política completa ha rechazado frontalmente el paternalismo porque todas han admitido el paternalismo en algunos casos. Al menos, todas las doctrinas han admitido la justificación del paternalismo en relación con los niños. Este paternalismo universalmente aceptado, el paternalismo con respecto a los niños, parece constituir el

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ *Ibidem.*

punto de partida adecuado para tratar de la justificación del paternalismo y, de hecho, como hemos visto a lo largo de este trabajo, tanto en la tradición del pensamiento político (Aristóteles, Thomas Hobbes, John Locke) como en las más recientes aportaciones (Gerald Dworkin) ésa ha sido la estrategia argumentativa escogida

La universalización de la aceptación del paternalismo en relación con los niños juega en dos direcciones: por un lado, parece implicar que los adultos en tanto que no son niños no deben ser tratados de la misma manera y, por otro lado, exige que si los adultos son iguales a los niños en algunos aspectos relevantes deben ser tratados de la misma manera.

La conciliación de estos dos aspectos del principio de igualdad formal se realiza a través de la construcción de una noción más general que la de minoridad y que incluiría a ésta: la noción de incompetencia. Así, debemos decir que los niños pueden ser tratados paternalistamente no por el simple hecho de ser niños, sino porque esa propiedad conlleva otra: la de ser incompetentes. El juicio moral más general es, por tanto, que está justificado tratar paternalistamente a los incompetentes, sean niños o adultos.

Desde este punto de vista, siendo coherente con mi concepto de paternalismo, propongo entender la distinción entre paternalismo fuerte y débil⁶⁸ de la siguiente manera: el paternalismo fuerte sería la doctrina que considera que la incompetencia es el estado normal de la mayoría de los individuos, mientras que el paternalismo débil sería la doctrina que considera que la incompetencia es un estado excepcional para todos los individuos, en alguno de los siguientes sentidos: a) “excepcional” en el sentido de esencialmente transitorio (como en el caso de la minoridad o de los estados de enajenación transitorios), b) “excepcional” en el sentido de anormal con respecto al funcionamiento normal de la especie (como en el caso de las enfermedades mentales graves) o c) “excepcional” en el sentido de que afectaría a las capacidades de los individuos sólo en relación con ciertas tareas. Dicho de otra manera, el paternalismo

⁶⁸ Recordemos que para Joel Feinberg el paternalismo fuerte “aceptará como una razón para la legislación criminal que es necesaria para proteger a adultos competentes, contra su voluntad, de las consecuencias dañosas de sus elecciones y empresas, aunque sean plenamente voluntarias”; por el contrario, el “paternalismo débil” sostiene que el Estado tiene derecho a prevenir la conducta dañosa auto-referente (en esta medida *parece* “paternalista”) si y solo si esa conducta es sustancialmente no voluntaria, o cuando una intervención temporal sea necesaria para establecer si es voluntaria o no”. Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit.*, p. 12. Véase, igualmente, el apartado 5.3. del capítulo III de esta tesis.

fuerte considera justificado que el Estado asuma el rol de padre, mientras que el paternalismo débil sólo aceptaría la justificación de concretas acciones paternalistas.

Un gobierno que considera legítimo el paternalismo débil, se suele argüir, puede deslizarse a una política general de paternalismo fuerte. Éste es el argumento de la pendiente resbaladiza que tantas veces ha sido utilizado contra las interferencias paternalistas. Como ya se ha mencionado, habría dos versiones de este argumento: una lógica y otra causal. Según la primera, de la aceptación del paternalismo débil se seguiría lógicamente la aceptación del paternalismo fuerte. De acuerdo con la segunda, la práctica del paternalismo débil conduce, dadas las circunstancias en que se desenvuelven las relaciones humanas, al paternalismo fuerte. El argumento es falaz siempre que se usa sin explicitar los pasos, lógicos o reales, que conducen del paternalismo débil al fuerte.

Mi tesis sobre la justificación del paternalismo es que el paternalismo fuerte casi nunca está justificado y que el paternalismo débil puede estar en general justificado. Mi posición difiere de la de Joel Feinberg en que considero que el paternalista fuerte no impone prudencia sobre sujetos a los que considera competentes, como pretende este autor. El paternalista fuerte trataría, al igual que el débil, de imponer prudencia a los individuos que considera incompetentes. El problema reside en que el paternalista fuerte construiría un concepto inaceptable de incompetencia. Veamos, primero, la crítica al paternalismo fuerte y, en segundo lugar, las condiciones de justificación del paternalismo débil.

3.2. La crítica al paternalismo fuerte

Las defensas del gobierno de los filósofos de Platón, la monarquía patriarcal de John Filmer, el despotismo ilustrado (o absolutismo ilustrado), el paternalismo industrial, la dictadura del proletariado o el gobierno de los científicos de la conducta propuesto por B. F. Skinner serían defensas del paternalismo fuerte, tal y como se ha definido⁶⁹.

Contra estas doctrinas políticas se han presentado muchos argumentos que son, a su vez, justificaciones de la democracia y del liberalismo político. Quizás, desde el punto

de vista retórico, sería suficiente con señalar que esa tradición del pensamiento democrático y liberal ha aportado mejores argumentos (algo con lo que el lector estará de acuerdo) y que, por tanto, son los defensores del paternalismo fuerte quienes deberían esforzarse por encontrar nuevas maneras de justificar su posición.

Sin embargo, quisiera presentar un argumento en contra del paternalismo fuerte que me parece concluyente y que está directamente conectado con las consideraciones que se hacen en esta tesis. A mi juicio, el error fundamental que comete el paternalismo fuerte es olvidar que la noción de “incompetencia” es, en parte, una construcción social. La postura de quienes sostienen que, en una sociedad, todos salvo una pequeña minoría (de gobernantes) son incompetentes descansa sobre una concepción errónea de la incompetencia. El primer error estaría en usar, como base para justificar interferencias paternalistas, un concepto de incompetencia gradual (la incompetencia relativa de que hablaba Ernesto Garzón). Este concepto presupone que la incompetencia es una propiedad de grado que permitiría construir una escala que, siendo lo suficientemente “fina”, permitiría ordenar a todos los individuos de más a menos incompetentes. Esta escala terminaría necesariamente en un solo individuo si, como digo, es lo suficientemente fina. De ahí que el gobierno paternalista fuerte será siempre el gobierno de uno, o sea, siguiendo la clasificación aristotélica, una monarquía. Esta escala es inaplicable, al menos, por tres razones: primera, porque es esencialmente inestable (los más dotados hoy pueden no serlo mañana); segunda, porque no se ve qué procedimiento pudiera dirimir las discrepancias al respecto de quiénes son los más dotados (los que pretendieran ser los más dotados siempre impugnarían el procedimiento que así no lo estableciera); y, tercero, porque como nadie puede ser el más competente con respecto a todas las tareas se debe decidir qué tareas son relevantes para formar la escala, pero la decisión no puede apoyarse en el juicio de los más competentes porque todavía no se ha determinado quiénes lo son.

La inaplicabilidad de la noción de competencia de grado obliga, por tanto, al paternalista fuerte a construir una noción de competencia de todo o nada, por medio de dos restricciones: primera, determinar un nivel mínimo de competencia exigible para ser considerado “competente” y, segunda, en relación con una tarea determinada. Ahora

⁶⁹ Sobre este tema, véase: Dahl, Robert A.: “El tutelaje”, en Dahl, Robert A.: *La democracia y sus críticos*, ed. Paidós, Buenos Aires, 1993, pp. 67-82.

bien, en segundo lugar, sin presuponer todavía quiénes son los competentes, sólo parece racional fundar ambos criterios sobre un juicio de lo que son las capacidades normales de los sujetos y en relación con las tareas o problemas más básicos y comunes. Ambos aspectos, capacidades y problemas, son sensibles al contexto social de referencia.

De acuerdo con lo anterior, quien apela a la noción de incompetencia para justificar el paternalismo fuerte estaría haciendo algo análogo a quien apela a las costumbres sociales para imponerse contra el criterio de la mayoría. “Análogo” pero no idéntico, porque que la incompetencia sea sensible a las diferencias sociales no quiere decir que venga constituida, como la costumbre, por las creencias y prácticas sociales.

Habría una noción de incompetencia que sería objetivable pero por su propia naturaleza también mínima. Me refiero a la noción de incompetencia que cabe construir sobre la teoría de las necesidades básicas: aquellos que no tienen la competencia mínima exigible para satisfacer sus necesidades más básicas podrían ser considerados universalmente incompetentes. Sin embargo, no creo que haya existido jamás una sociedad en la que la mayoría haya sido incompetente en este sentido. Téngase en cuenta que me refiero a lo que en la parte crítica a Ernesto Garzón denominé “incompetencia básica absoluta”, es decir, aquella que reside en el propio individuo y no depende de la falta de opciones externas para satisfacer las propias necesidades (no a la incompetencia de quienes no “comen” porque no tienen comida, sino a la de quienes no “comen” aun teniendo comida).

El único caso en el que el paternalismo fuerte podría estar justificado es el que John Stuart Mill denominaba “despotismo benevolente” con los “bárbaros”. Pero no porque haya pueblos “bárbaros”, sino porque el contacto entre sociedades de diferente nivel de desarrollo puede “barbarizar” a los pueblos menos desarrollados. Es absurdo pensar que una comunidad indígena amazónica aislada está constituida mayoritariamente por individuos incompetentes, porque la propia subsistencia de la comunidad muestra que no es así. No obstante, si la pequeña comunidad indígena entra en contacto con una sociedad industrial, la modificación radical de sus circunstancias sociales puede convertir a todos, o a la mayoría, en incompetentes. De ahí que la benevolencia puede aconsejar tanto el dejarlos tranquilos como el tratarlos paternalistamente una vez “descubiertos”.

3.3. Las condiciones de justificación del paternalismo débil

El paternalismo débil, como doctrina, enunciaría un principio moral secundario de acuerdo con el cual está justificado que un individuo A ejerza poder sobre un individuo B para evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan o le suponen un incremento de riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico), siempre y cuando B sea incompetente (sobre una razonable concepción de la incompetencia).

Este sencillo principio plantea un problema moral no en el sentido de que contradiga algún principio de igual o superior rango, sino en el sentido de que es controvertido determinar el ámbito de aplicación del mismo. Podría decirse que la justificación del principio paternalista en sí no es problemática, pero sí lo es la justificación de los casos concretos de interferencia paternalista. De ahí que muchos autores hayan coincidido en que no cabe una condena general del paternalismo y que haya que plantearse la cuestión caso por caso.

Lo anterior no quiere decir que el principio de autonomía no juegue ningún papel en la discusión sobre la justificación del paternalismo. Ciertamente, el principio de autonomía no juega en contra del paternalismo de la manera en que lo han planteado algunos pensadores liberales anti-paternalistas. Si el principio de autonomía supusiera un obstáculo para el paternalismo de esta manera, supondría un obstáculo para todo el paternalismo, incluido el paternalismo con los niños, e, incluso, como señalaba Ernesto Garzón, el respeto por la autonomía vedaría también las interferencias justificadas en el principio de daño a terceros.

A mi juicio, las condiciones de una interferencia paternalista justificada se podrían enunciar de la siguiente manera:

A ejerce paternalismo sobre B por medio de X, de forma justificada si y sólo si:

- 1) X es una medida idónea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico) y no hay una forma alternativa no paternalista y de costes razonables para evitar esos daños, y*

- 2) *la tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en un estado de incompetencia básica del sujeto B, y*
- 3) *se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones como al contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incompetencia básica.*

Estas condiciones reflejan la preeminencia del principio de autonomía y el carácter secundario del principio paternalista⁷⁰. El tipo de problema moral que plantea el paternalismo surgiría de la incertidumbre sobre si esas condiciones pueden ser satisfechas en un caso concreto y, en términos generales, de las dudas sobre su alcance. El principio de autonomía podría verse como un principio que a partir de una formulación muy general “deben respetarse las decisiones privadas de los individuos” guía todo el proceso de justificación de una interferencia paternalista concreta, por medio de reglas como las siguientes:

R1- Si vas a actuar paternalistamente, debes estar en condiciones de probar la incompetencia del afectado.

R2- Si pretendes probar la incompetencia de alguien, debes partir de una razonable concepción de la incompetencia (aquella que deja a la mayoría del lado de los competentes usando un criterio relevante).

R3- Si has probado la incompetencia (sobre una concepción razonable), debes probar que los daños que probablemente se evitarán superan a los causados con la intervención.

R4- Si has satisfecho las reglas 1,2 y 3, debes probar que tu intervención es necesaria y que no hay un medio alternativo que no suponga enfrentar las preferencias auto-referentes del sujeto afectado.

Uno de los elementos claves de la justificación del paternalismo es el del contexto en el que se lleva a cabo la interferencia paternalista. La distinción propuesta por Jack D. Douglas entre paternalismo cooperativo y conflictivo⁷¹ me parece interesante entenderla

⁷⁰ Una caracterización de los principios de la bioética como un conjunto de principios primarios y secundarios (en la que el paternalismo es un principio secundario al principio de autonomía) puede verse en Atienza, Manuel: “Juridificar la bioética”, en Rodolfo Vázquez (comp.): *Bioética y derecho*, Ed. FCE-Itam, México, 1999.

⁷¹ Recordemos que este autor define el “paternalismo cooperativo” como “cualquier forma de paternalismo (hacer el bien a otros en nombre de lo que “es bueno para ellos”) en la que aquellos que actúan paternalistamente están actuando sinceramente para ayudar a la otra persona a devenir más independientemente competente a largo plazo, y la otra persona cree sinceramente que éste es el caso”; y el “paternalismo conflictivo” como aquél que “no está orientado a la competencia independiente e igualdad a largo plazo del miembro subordinado de la relación”. Véase: Douglas, Jack D.: “Cooperative Paternalism versus Conflictual Paternalism”, en Sartorius, Rolf (ed): *Paternalism, cit.*, 1987, pp. 171-200.

como paternalismo en contextos (potencialmente) cooperativos y paternalismo en contextos (potencialmente) conflictivos. La familia sería el modelo del paternalismo cooperativo y el Estado el del paternalismo conflictivo. Habría dos diferencias relevantes entre estos contextos: la primera es sobre el mayor o menor grado de posibilidad de que el paternalismo sea genuino paternalismo (es decir, genuinamente benevolente) y la segunda sobre el mayor o menor grado de posibilidad de conocimiento de los intereses del sujeto tratado paternalistamente.

El paternalismo en el ámbito de la familia se caracterizaría por una alta probabilidad de que el agente A actúe movido exclusivamente por el bien de B y también por una alta probabilidad de que los intereses (subjetivos) de B sean conocidos por A. Por el contrario, en el ámbito estatal la probabilidad de que el Estado actúe movido exclusivamente por el bien del sujeto B puede ser muy baja y también se puede dudar de las posibilidades de este agente de conocer los intereses (subjetivos) de B. Estas observaciones generales fundamentan la postura que sostiene que el cuidado y educación de los menores debe estar en manos de sus progenitores y el Estado debe, tan sólo, supervisar y vigilar, de forma muy general, el cumplimiento de estos deberes.

A continuación, examinaré cada una de las condiciones de justificación propuestas y las pondré en relación con la distinción entre paternalismo en contextos cooperativos y en contextos conflictivos.

3.3.1. La idoneidad y la necesidad de la medida paternalista

El juicio de idoneidad de una medida paternalista x se compone de dos partes: primero, la determinación de que algo es un daño para el sujeto B y, segundo, la determinación de que x es un medio adecuado para evitar ese daño.

En contextos cooperativos de paternalismo es donde más fácil parece fundamentar la primera parte del juicio de idoneidad. La cercanía entre los sujetos de la relación paternalista favorece que el agente A esté en condiciones de determinar con mayor fiabilidad qué constituye un daño para B. La determinación de que cierta conducta de B constituye un daño o el incremento de riesgo de daño para B no es un juicio

particularmente difícil, en el sentido de que esa conducta daña algún interés de B. El problema reside en determinar si esa conducta daña a B y, además, ese daño no es compensado por la mayor protección o promoción de otro interés del individuo. Una persona puede, por ejemplo, preferir el dolor a una prolongación del tratamiento hospitalario. Si A trata de evitar el dolor a costa de alargar su hospitalización, podría decirse que, ciertamente, A ha evitado un daño B, pero no que le ha evitado un daño como resultado final (es decir, tomando en cuenta cómo son afectados otros intereses de B). Al contrario, un padre puede obligar a su hijo a continuar la marcha por el bosque, a pesar de que éste siente dolor en las piernas, porque el padre cree que si la noche les alcanza el hijo se sentirá aterrorizado. El padre le evita un daño al hijo como resultado final, pero no le evita un daño al interés particular de no sentir dolor en las piernas.

Conforme modificamos la situación hacia contextos conflictivos de paternalismo la primera parte del juicio de idoneidad deviene más complicada. El trabajo de Allen Buchanan que se estudió anteriormente podría ser entendido como una denuncia de las limitaciones de la práctica moderna de la medicina para establecer cuándo los pacientes se dañan con sus propios actos⁷². En el caso del paternalismo estatal la fundamentación del juicio sobre lo que constituye un daño para la población requiere, en mi opinión, de una teoría sobre las necesidades básicas.

La segunda parte del juicio de idoneidad así como el juicio de necesidad (aquel que establece que no existe una medida alternativa que logre el mismo objetivo pero a un menor coste) son, igualmente, más sencillas en contextos cooperativos que en contextos conflictivos de paternalismo. No obstante, la forma personal en que se ejerce el paternalismo en contextos cooperativos (el padre en la familia, el médico en su unidad, etc.) puede derivar con frecuencia en un *autoritarismo* (aunque benevolente) que sería una desviación del paternalismo justificado basado en el incumplimiento de la condición de necesidad de la medida. En contextos conflictivos y, en particular, en relación con el paternalismo estatal la corrección de la segunda parte de los juicios de idoneidad y de los juicios de necesidad depende de su conformidad con las teorías sobre la legislación y las políticas públicas. Algunas de las políticas orientadas a evitar los daños derivados del consumo de drogas, por ejemplo, están hace tiempo en discusión por las dudas que

⁷² Véase el apartado 4 del capítulo V de esta tesis.

suscitan al respecto de su idoneidad y necesidad; en particular, los castigos penales no parecen ni idóneos ni necesarios para el paternalismo.

En todo caso, me parece importante resaltar que el argumento de la inutilidad no es aplicable en abstracto contra las medidas paternalistas, aún cuando se trate de paternalismo estatal. De acuerdo con este argumento, el paternalismo estatal sería rechazable en general porque necesariamente es contraproducente, es decir, tal y como sostiene John S. Mill, porque el individuo siempre sale perdiendo con la interferencia paternalista. A mi juicio, sin embargo, en la medida en que la interferencia paternalista se limite a la protección de los intereses más básicos de los individuos, sobre el presupuesto de que si estos intereses están amenazados es porque los individuos se hallan en una posición de incompetencia básica, no hay razón para sostener el argumento de la inutilidad contra el paternalismo jurídico en general. Por otro lado, como ha señalado Cass R. Sunstein, si la interferencia produce un cambio en las preferencias de los individuos no cabría aplicar este argumento de la inutilidad: por ejemplo, la imposición del cinturón de seguridad termina creando el hábito de ponerse el cinturón y disolviendo, por tanto, la oposición inicial⁷³. La mayoría de las medidas paternalistas suelen pretender (y producir) este efecto de modificación de las preferencias mismas.

Sin embargo, el argumento de la inutilidad es de aplicación directa contra el perfeccionismo estatal. Con respecto a cuestiones morales, creencias religiosas o, en general, los aspectos más importantes del plan de vida del individuo habría un vínculo constitutivo entre convicción y valor. Éste sería el argumento principal de, por ejemplo, John Locke contra la imposición de las creencias religiosas (las creencias tienen valor si son asumidas por el individuo, si son impuestas ya no tienen valor)⁷⁴ y, en nuestro tiempo, de Ronald Dworkin, quien distingue entre un paternalismo crítico coercitivo y un paternalismo volitivo⁷⁵. Según este último autor, el paternalismo crítico coercitivo se caracterizaría porque el Estado intenta “mejorar la vida de los ciudadanos obligándoles a

⁷³ Véase: Sunstein, Cass R.: “Legal Interference with Private Preferences”, *cit.*, pp. 1136-1138; y De Páramo Argüelles, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo*, *cit.*, p. 38.

⁷⁴ Véase: Locke, John: *Carta sobre la tolerancia*, ed. Tecnos, Madrid, 1985; y De Páramo Argüelles, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo*, *cit.*, pp. 31-35.

⁷⁵ Véase: Dworkin, Ronald: *Ética privada e igualitarismo político*, ed. Paidós, Barcelona, 1993, pp. 140-154.

actuar de maneras que ellos piensan que empeoran su vida”⁷⁶, a lo que añade que “una buena parte del paternalismo estatal no es de carácter crítico, sino volitivo: el Estado obliga a la gente a usar los cinturones de seguridad para evitarles un daño que supone que ellos mismos ya desean evitar”⁷⁷, de ahí que este último paternalismo iría sólo contra la voluntad de los ciudadanos, mientras que el primero iría además contra su convicción.

El “paternalismo crítico coercitivo” no sería “paternalismo” de acuerdo con mi definición, se trataría de perfeccionismo jurídico, y contra él se puede esgrimir el argumento de la inutilidad de la siguiente manera: alguien puede pensar que, por ejemplo, la devoción religiosa es importante, “pero no puede pensar que la observancia religiosa involuntaria, orar a la sombra del potro de tortura, tiene valor ético alguno”⁷⁸.

3.3.2. La incompetencia básica del sujeto tratado paternalistamente

El aspecto más problemático de la justificación del paternalismo lo constituye, sin duda, la idea de incompetencia. El estudio de los autores que se han tratado en esta tesis creo que permite alcanzar algunas conclusiones sobre este problema.

En primer lugar, me parece útil seguir la propuesta de Ernesto Garzón y partir, por lo que respecta al paternalismo, de una concepción general de la incompetencia, de manera que ésta no se entienda como una circunstancia más que afecta a la voluntariedad de una decisión (la incapacidad en sentido estricto)⁷⁹, sino que sería el concepto más general que da cuenta de una forma unitaria de todos los demás factores que pueden reducir la voluntariedad de un acto.

En segundo lugar, me parece importante distinguir, tal y como hacen Tom L. Beauchamp y James F. Childress, entre la *función* que cumple la noción de competencia, su *definición*, los *estándares* de competencia y las *pruebas* para establecer la

⁷⁶ Dworkin, Ronald: *Ética privada e igualitarismo político*, cit., p. 143.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Dworkin, Ronald: *Ética privada e igualitarismo político*, cit., p. 144.

⁷⁹ Esta incapacidad en sentido estricto hace referencia al estado de un individuo cuyas facultades están dañadas o no desarrolladas, de forma temporal o permanente.

competencia. La *función* de los juicios de competencia es distinguir entre las personas cuyas decisiones auto-referentes deben ser respetadas (competentes) y las personas cuyas decisiones *pueden* no ser respetadas (incompetentes). Con respecto a la definición de competencia, todos los autores coinciden en que la competencia consiste en “la capacidad para desempeñar una determinada tarea” y Joel Feinberg⁸⁰, Ernesto Garzón⁸¹, Bernard Gert y Charles M. Culver coincidirían en que se trata más específicamente en “la capacidad para tomar una decisión *racional*”⁸².

La competencia relevante a los efectos de la justificación del paternalismo no es la noción de competencia de grado que vimos más arriba, sino la competencia de todo o nada. Para que la determinación del grupo de los incompetentes no caiga en el paternalismo duro, según mi caracterización, es necesario aceptar la propuesta de Ernesto Garzón y Daniel Wikler⁸³ de partir de un concepto de “competencia básica”, es decir, serían competentes todos aquellos que tienen la capacidad *mínima* necesaria para afrontar las tareas y desafíos que plantea la consecución del bienestar individual. Otra forma de decir lo mismo es indicando que un estándar adecuado de la competencia debe dejar a la mayoría de los adultos del lado de la competencia, pues en otro caso se caería en el paternalismo duro, tal y como se describió más arriba.

Creo que tienen razón Allen Buchanan y Dan Brock cuando defienden que “el nivel de competencia que es exigible para tomar una decisión en particular debe ajustarse a las consecuencias de actuar conforme a esa decisión”⁸⁴. Esta estrategia de la escala móvil en el nivel de competencia mínima exigible se apoyaría en la idea de que las decisiones que conllevan graves consecuencias son más complejas (me inclino a pensar

⁸⁰ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p. 28. Véase el apartado 11.1. del capítulo III de esta tesis.

⁸¹ Garzón Valdés, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa*, cit., p. 165. Véase el apartado 2.3.2. del capítulo IV de esta tesis.

⁸² Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 137. Véase el apartado 3.2.2. del capítulo V de esta tesis.

⁸³ Véase: Wikler, Daniel: “Paternalism and the Mildly Retarded”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, cit.

⁸⁴ Brock, Dan y Allen Buchanan: *Deciding for Others*, cit., p. 52. Junto a este trabajo, hay otra elaboración muy destacada de la “escala móvil” que se debe a James F. Drane, véase: Drane, James F.: “Competence to Give an Informed Consent. A Model for Making Clinical Assessments”, en *Journal of the American Medical Association*, 252 (1984), pp. 925-927; y Drane, James F.: *The Many Faces of Competency*, en *Hastings Center Report*, 1985, pp. 17-21.

que es así) y en que, como sostiene Joel Feinberg, el sentido común aconsejaría manejar este estándar móvil. Las reglas prácticas que este último autor nos propone para determinar el estándar de voluntariedad aplicable, se podrían adaptar a la concepción general de la incompetencia de la siguiente manera:

- 1) Cuanto mayor sea el riesgo de una conducta, tanto mayor debe ser el grado de competencia requerido para permitir la conducta.
- 2) Cuanto más irremediable sea el daño arriesgado, tanto mayor debe ser el grado de competencia requerido para permitir la conducta⁸⁵.
- 3) El estándar de voluntariedad debe adaptarse de otras maneras a las diversas circunstancias especiales⁸⁶.

De acuerdo con estas reglas, el estándar de competencia exigible para, por ejemplo, rechazar un tratamiento cuando este rechazo puede suponer la muerte debe ser más alto que el estándar de competencia exigible para un rechazo cuyas consecuencias son menos graves. La competencia mínima exigible para rechazar un tratamiento vital sería mayor que para rechazar un tratamiento no vital. A su vez, creo que estas mismas reglas podrían manejarse con respecto a la prueba de la competencia y, por tanto, la prueba de la competencia en una decisión de vida o muerte debe ser más exigente que en una decisión de menor gravedad.

Un tópico importante en torno al manejo de la noción de competencia dice que la incompetencia de un sujeto debe poder determinarse con independencia del contenido de su decisión. Todos los autores coinciden en que decir que la decisión *x* de *B* no debe ser respetada porque *B* es incompetente, cuando la única razón para juzgar a *B* incompetente es que ha tomado la decisión *x*, es una forma de “hacer trampas” con la noción de incompetencia. De ahí que se exija que la competencia se determine por medio de un test independiente que evalúe las capacidades de los individuos para tomar ciertas decisiones. Si bien lo anterior es correcto, me parece que también lo sería afirmar que la competencia

⁸⁵ Recordemos que Gerald Dworkin considera como uno de los factores relevantes para la justificación del paternalismo que se trate de evitar “decisiones que suponen cambios irreversibles”, en Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p. 31.

⁸⁶ Véase el apartado 11.5. del capítulo III de esta tesis.

o incompetencia de B para decidir x depende de si x es racional, siempre que se entienda (correctamente) que decir que “x es una decisión racional para B” supone hacer un juicio que pone en relación el contenido de la decisión x con las creencias, preferencias y los procesos de formación de creencias y preferencias del propio B.

De acuerdo con la teoría estricta de la racionalidad, la racionalidad de un acto depende de las propias creencias y deseos del agente⁸⁷. El requisito fundamental de racionalidad sería la *consistencia* de las creencias y de los deseos. Para determinar si una acción x de B es irracional en este sentido estricto, debemos conocer las creencias y deseos relevantes de B para la acción x y juzgar si son inconsistentes. Una vez que hemos determinado que x es irracional para B en este sentido estricto, es plausible sostener que hemos determinado, a la vez, que B es incompetente.

De acuerdo con una teoría amplia de la racionalidad, un sujeto que actúa consistentemente de acuerdo con sus creencias y deseos consistentes puede actuar todavía irracionalmente. Aquí se trata de ver la racionalidad sustantiva de los deseos y las creencias y no, únicamente, su consistencia interna. Jon Elster propone que “valoremos la racionalidad amplia de las creencias y los deseos observando el modo en que están conformados”⁸⁸. Los deseos y las creencias irracionales, en este sentido, son aquellos que tienen algún “tipo erróneo de historia causal”⁸⁹. En positivo, la “competencia” necesaria para formar creencias racionales sería el “buen juicio”, es decir, “la capacidad de sintetizar información vasta y difusa que más o menos claramente trata acerca del problema que nos ocupa, de tal modo que no haya un conjunto de elementos al que se le dé una importancia indebida”⁹⁰; mientras que la “competencia” necesaria para formar preferencias racionales sería la “autonomía”. Jon Elster no encuentra una forma satisfactoria de definir la autonomía en positivo por lo que propone entenderla “como un mero residuo, como aquello que queda una vez hemos eliminado los deseos que han sido

⁸⁷ Sobre la concepción estricta y amplia de la racionalidad sigo a Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit. Véase, igualmente: Davidson, Donald: *Essays on actions and events*, ed. Oxford University Press, 1980.

⁸⁸ Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., p. 29.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., p. 30.

modelados por algunos de los mecanismos de la breve lista de preferencias irracionales”⁹¹, a lo que añade, “de modo similar, la cualidad del juicio para las creencias debe ser entendida como la ausencia de distorsiones e ilusiones”⁹².

Al igual que ocurre con el concepto de “decisión estrictamente irracional”, cuando se trata de una “decisión sustancialmente irracional” no basta únicamente con conocer el sentido de la decisión (por ejemplo, suicidarse o no), sino que hay que indagar el origen de la misma, a la búsqueda de elementos distorsionadores del buen juicio o de la autonomía. Por esto, a la vez que podemos decir que el juicio de incompetencia sobre el sujeto B en relación con la decisión x depende de la racionalidad, formal o sustancial, de x, podemos decir que el juicio de incompetencia no depende únicamente del contenido de la decisión x.

Un presupuesto importante de las anteriores consideraciones es que, como sostiene Jon Elster, “entre la teoría estricta de lo racional y la teoría completa de lo verdadero y de lo bueno hay suficiente espacio y necesidad para una teoría amplia de la racionalidad”⁹³. Esto es importante porque nos permite entender la pretensión del paternalista de diferenciarse del perfeccionista, cuya preocupación no sería la racionalidad de las acciones, en los sentidos explicados, sino la corrección moral de las mismas⁹⁴.

A partir de esta caracterización general de la noción de competencia básica, lo más importante es determinar qué tipos de factores pueden interferir con la misma. Una

⁹¹ Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., p. 41. Un resumen de la concepción de la autonomía de Jon Elster puesta en relación con los presupuestos del liberalismo político puede verse en De Páramo, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo*, cit., pp. 71-75.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., p. 29.

⁹⁴ De estas consideraciones se desprende que la condición de la incompetencia para la justificación del paternalismo es equivalente a la condición de la irracionalidad, estricta o amplia, del acto de auto-daño por parte del sujeto B. Quien se daña irracionalmente (en los sentidos indicados) mostraría incompetencia. A pesar de esta equivalencia, en relación con algunos casos (como, por ejemplo, el de las personas que no se ponen el cinturón de seguridad) quizás sería más acorde con el uso ordinario del término “incompetencia” hablar de irracionalidad del acto y no de incompetencia de la persona. No obstante, la ventaja de poner el acento en la noción de incompetencia es que refuerza la idea de que el problema no es sólo el contenido de la decisión de B (un acto de auto-daño), sino el contenido de esta decisión en relación con las creencias y preferencias de B o con los procesos de formación de esas creencias y preferencias por parte de B.

primera clasificación de estos factores resultaría de aplicar una doble distinción: (1) factores de incompetencia que afectan a aspectos cognitivos o volitivos, y (2) factores de incompetencia que son consecuencia de elementos externos o internos⁹⁵. Al entrecruzar estas dos distinción obtendríamos la siguiente tabla:

Tipos de incompetencia (I)

	Origen interno	Origen externo
Aspectos cognitivos	I	III
Aspectos volitivos	II	IV

Conviene advertir que en el sentido estricto de incompetencia (o incapacidad), ésta se refiere únicamente a I y II, es decir, a aquello que puede considerarse un *estado o condición* del sujeto (permanente o transitoria) que afecta a la capacidad de un individuo para tomar decisiones racionales, en ausencia de una causa externa que esté produciendo esos mismos efectos. De acuerdo con la distinción que se propuso en el análisis crítico de la obra de Ernesto Garzón, las incompetencias tipo I y II serían incompetencias (básicas) absolutas, mientras que las incompetencias tipo III y IV serían incompetencias (básicas) relativas. En estas últimas, la desaparición de la causa externa que interfiere con los aspectos cognitivos o volitivos supone que el individuo recobra la competencia.

Cada uno de estos tipos de incompetencia puede dar lugar a un tratado independiente. Aquí quisiera tan sólo hacer algunos comentarios complementarios del estudio realizado en los capítulos anteriores.

A) Incompetencias tipo I

En primer lugar, me parece importante recordar lo que se dijo anteriormente en el sentido de que las consecuencias dañosas de una acción intencional pueden considerarse como “auto-infligidas”, aunque el agente no tuviera la intención de provocar esas consecuencias. Éste es un punto importante, porque el factor de la ignorancia puede jugar tanto en la descripción de las acciones como en la determinación de su voluntariedad: una

⁹⁵ Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., p. 29 .

acción de auto-daño “involuntaria” en el sentido de afectada por la presencia del factor de la ignorancia o del error puede ser considerada, sin embargo, “voluntaria” en el sentido de que el daño es una consecuencia de una acción intencional.

La ignorancia y el error están siempre presentes en la actividad humana. Por esto es necesario hablar siempre, a los efectos de la justificación del paternalismo, de ignorancia o error relevante. Podría decirse que la ignorancia y el error son relevantes en un acto de auto-daño cuando el agente hubiera actuado de otra manera si sus creencias no hubieran estado afectadas por el error o la ignorancia.

Este tipo I de incompetencia se caracterizaría porque afecta a los aspectos cognitivos del proceso de adopción de decisiones racionales y se manifestaría siempre por la presencia de

a) *Ignorancia relevante*, cuando ésta no se debe al ocultamiento de información por otro: por ejemplo, la ignorancia de los efectos de las drogas, y/o

b) *Creencias erróneas relevantes*, cuando éstas no se deben al engaño de otro: por ejemplo, la creencia en que hay una probabilidad más alta de la real de ganar en la lotería (entre estas creencias erróneas merece la pena destacar a las creencias *inconsistentes* del individuo: por ejemplo, mantener simultáneamente la creencia de que “llevar un amuleto no me traerá suerte” y de que “los amuletos traen suerte a aquellos que no creen que les traerá suerte”).

Ante la presencia de estos factores de incompetencia, el anti-paternalista suele indicar que lo único que se requiere para retornar a los sujetos a la competencia es proporcionarles la información necesaria. Sin embargo, el paternalista replicará que, en primer lugar, esto no siempre es así y, en segundo lugar, que podría concebirse todo un conjunto de medidas paternalistas orientadas a asegurarse de que los individuos tengan la información relevante. Una de estas medidas sería, a mi juicio, la campaña de información sobre los efectos del consumo de tabaco consistente en incluir en los paquetes de tabaco avisos sobre estos efectos. La medida va más allá de la facilitación de información adecuada sobre el tabaco, consiste más bien en confrontar al fumador con las

consecuencias de su hábito, porque casi irremediamente al coger sus cigarrillos verá los avisos (salvo que, como hacen algunos fumadores, tapen estos avisos metiendo el paquete de tabaco en una tabaquera). Este caso muestra dos aspectos: primero, que hay medidas paternalistas que consisten en imponer la información (esta sería, por cierto, una parte de la doctrina del consentimiento informado en bioética cuando los pacientes prefieren no saber) y, segundo, que los individuos pueden no utilizar la información de que disponen.

Entre las causas más frecuentes de este tipo de incompetencia I se pueden señalar:

I.a) *Enfermedades mentales*: tales como los trastornos psicóticos (esquizofrenia, demencia, formas extremas de depresión) que provocan una pérdida de contacto con la realidad; trastornos neuróticos como la paranoia, que se caracteriza por sostener creencias falsas de forma resistente a toda crítica; el retraso mental; la anorexia nerviosa, que se caracteriza por la dismorfofobia (imagen distorsionada del propio cuerpo); y, en general, cualquier trastorno mental que dificulte las tareas de comprender, apreciar o procesar información.

I.b) *Deficiencias graves de educación en adultos*⁹⁶.

I.c) *Inmadurez*.

I.d) *Estados de intoxicación por sustancias psicoactivas*.

I.e) *Creencias que resultan de una racionalización de la esperanza*: por ejemplo, la mujer maltratada que cree que su compañero maltratador va a dejar de maltratarla en el futuro (la mujer termina creyendo lo que quiere creer).

I.f) *Errores inferenciales*: por ejemplo, el que cree que después de haber sobrevivido a un grave accidente de tráfico las probabilidades de que le “toque” de nuevo son mucho menores que antes del accidente (es la idea que expresa la frase “yo ya he tenido mi parte de mala suerte”).

B) Incompetencias tipo II

Este tipo II de incompetencia se caracterizaría porque afecta a los aspectos volitivos del proceso de adopción de decisiones racionales y se manifestaría siempre por

⁹⁶ Téngase en cuenta que estas consideraciones se limitan a la competencia *básica*, lo cual supone que carecen de ella aquellas personas que no tienen aquellos conocimientos que son normales en la mayoría y que permiten satisfacer las necesidades básicas y enfrentarse a los problemas más cotidianos de la vida.

la presencia de *preferencias irracionales* (ya sean “irracionales” según una concepción estricta de la racionalidad o de acuerdo con una concepción amplia de la racionalidad).

Entre las causas más frecuentes de este tipo II de incompetencia se pueden señalar las siguientes:

II.a) *Preferencias inconsistentes*: por ejemplo, el fenómeno de la debilidad de la voluntad.

II.b) *Enfermedades mentales*: en particular, los trastornos neuróticos como las fobias, el comportamiento obsesivo-compulsivo, la hipocondría, etc.

II.c) *Inmadurez*

II.d) *Estados de intoxicación por sustancias psicoactivas*.

II.e) *Adicciones*

II.f) *Formación de preferencias adaptativas*: un proceso causal que ocurre de manera no consciente por el que el individuo ajusta sus voliciones a sus posibilidades (por ejemplo, la mujer que prefiere ser “ama de casa” a otras opciones laborales cuando la sociedad no permite el ingreso de la mujer en el mercado de trabajo)⁹⁷.

II.g) *Cambio de preferencias por estructuración*: un proceso que, nos aclara Jon Elster, “ocurre cuando cambia el relativo atractivo de las opciones cuando la situación de elección es reestructurada de tal modo que racionalmente no se vean diferencias entre ellas” (por ejemplo, quien compra un producto cuando por hacerlo le regalan otro, pero no compraría ambos productos por separado aun cuando la suma del precio de los dos fuera igual al precio del primer producto con regalo)⁹⁸.

C) *Incompetencias tipo III*

Este tipo de incompetencia se manifiesta de la misma manera que la incompetencia tipo I, pero la causa de la incompetencia es externa al individuo. Las causas de este tipo III de incompetencia son: III.a) el ocultamiento de información, y III.b) el engaño.

⁹⁷ Véase: Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., pp. 159 y ss.

⁹⁸ Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., p. 42.

D) Incompetencias tipo IV

Este tipo de incompetencia se manifiesta de la misma manera que la incompetencia tipo II, pero la causa de la incompetencia es externa al individuo. Las causas de este tipo IV de incompetencia son: IV.a) las amenazas, y IV.b) las ofertas coactivas (cuando el ofertante ha creado las condiciones coactivas)⁹⁹.

3.3.3. El consentimiento hipotético racional a la medida

En las consideraciones críticas a la doctrina de Ernesto Garzón, se fundamentó la tesis de que es necesario para que una interferencia paternalista esté justificada que pueda presumirse racionalmente que el sujeto B consentiría a la medida si no estuviera en una situación de incompetencia básica. El ejemplo de la alimentación forzosa a los presos del GRAPO creo que apoya suficientemente el argumento.

En este apartado, quisiera centrarme en la otra parte de la tercera condición de justificación del paternalismo: *que se pueda presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones*. Lo que me parece fundamental resaltar es que este juicio racional depende del contexto de la relación paternalista y, en particular, de quiénes sean los sujetos de la relación paternalista. Si no me equivoco, el principal argumento de muchos autores liberales contra el paternalismo consistiría en afirmar que aceptar casos de paternalismo justificado cuando el agente A es el Estado no es racional (éste sería el “argumento más fuerte”¹⁰⁰ de John S. Mill contra el paternalismo). Por otro lado, habría autores que, como John Rawls, han sostenido que aceptar casos de paternalismo estatal sí sería racional o que, como Ernesto Garzón, han sostenido, incluso, que sería irracional no aceptarlos.

Convendría precisar, en primer lugar, que el problema se plantea principalmente con el paternalismo estatal (jurídico o no) y no tanto con el paternalismo jurídico no

⁹⁹ Sobre las ofertas coactivas, véase el apartado 11.8.2.1. del capítulo tercero de esta tesis.

¹⁰⁰ Véase: Mill, John S.: *Sobre la libertad* cit., p. 164.

estatal. La razón de esta diferencia reside en la distinción apuntada anteriormente entre contextos cooperativos y conflictivos de paternalismo. Creo que todo el mundo estaría de acuerdo en que es racional admitir la posibilidad de casos de paternalismo justificado en contextos cooperativos y que esa posibilidad debe verse reflejada en las leyes, de manera que se permita jurídicamente lo que parece moralmente justificado.

Qué constituya un contexto cooperativo depende de las circunstancias concretas. La familia, como se dijo, es el contexto cooperativo por excelencia, pero hay muchos casos en la realidad en que no es así. Confiar a la institución de la familia el cuidado y educación de los menores parece más razonable si se piensa que de esta manera se limita el paternalismo a contextos cooperativos (donde tiene más probabilidades de ser genuino y exitoso paternalismo) en detrimento de contextos más amplios y conflictivos. Igualmente, la práctica médica tradicional del médico de cabecera puede ser interpretada como un contexto de paternalismo cooperativo, en el cual el conocimiento íntimo del paciente por parte del médico capacitan a este último para (1) conocer qué evita daños realmente al paciente, (2) determinar con exactitud si el paciente es un incompetente básico y (3) juzgar si el paciente hubiera consentido a la intervención en el caso de no estar en una situación de incompetencia básica. La crisis de este modelo y el desarrollo de formas de relación médico-paciente cada vez más despersonalizadas acerca la práctica de la medicina a un contexto de paternalismo conflictivo. Finalmente, lo mismo puede decirse del paternalismo industrial (que podría definirse como aquel en el que el agente A es el empresario y el sujeto B son los trabajadores): conforme el ambiente de la empresa es menos familiar o gremial y más capitalista, el conflicto de intereses entre ambas partes se agudiza y el contexto para el paternalismo se torna conflictivo.

Pues bien, la pregunta que quisiera plantear es la siguiente: ¿Es racional aceptar la posibilidad de que un Estado democrático y constitucional ejerza el paternalismo, tal y como se ha definido, sobre los ciudadanos, cumplidas las otras condiciones de justificación? Asumiré que para responder a esta pregunta correctamente debe, en primer lugar, operarse con una regla *maximin* de decisión¹⁰¹, en segundo lugar, debe aceptarse el hecho de que todos los seres humanos son incompetentes en algún momento de su vida (algunos lo son siempre) y que en esos momentos de incompetencia pueden dañar

¹⁰¹ Una sencilla descripción de esta regla puede encontrarse en: Rawls, John: *Teoría de la justicia*, cit., pp 150 y ss.

seriamente sus intereses y, en tercer lugar, debe entenderse que la pregunta se plantea en términos generales (no se pregunta por lo que sería racional para algún individuo en concreto, sino por lo que sería racional aceptar por los ciudadanos). De acuerdo con esta regla, debemos considerar, en primer lugar, la peor de las situaciones posibles y, en segundo lugar, juzgar preferible aquella opción que mejora esta situación. La adopción de la regla *maximin* se justifica por la desconfianza ante la posibilidad de que el Estado actúe como padre, dado el contexto de intereses en conflicto en el que se desenvuelve la acción estatal. Veamos, cómo operaría esta regla, en relación con algunos de los supuestos más importantes de paternalismo.

Pensemos, en primer lugar, en *la irrenunciabilidad de los derechos*. Es racional que los ciudadanos quieran tener sus derechos garantizados jurídicamente, pero de ahí no se sigue sin más que sea racional, además, que esos derechos sean también irrenunciables para los mismos beneficiados por ellos. Para aplicar la regla *maximin* debemos juzgar cuál es la mejor de estas dos peores situaciones posibles: una, en la que renunciamos a algunos de nuestros derechos porque somos coaccionados, engañados o, en general, nos hallamos en una situación de incompetencia básica y, otra, en la que no se nos permite renunciar a alguno de nuestros derechos cuando tenemos buenas razones para ello. Hay que tener en cuenta que por “renunciar a un derecho” me refiero a “renunciar a su titularidad” no a “no ejercer un derecho”: por ejemplo, renunciar al derecho a la vida supone dejar en manos de otro la decisión de si debo continuar viviendo o no, mientras que no ejercer el derecho a la vida supone decidir suicidarme o permitir a otro que me mate. A mi juicio, la decisión racional sería admitir la irrenunciabilidad a los derechos en tanto que se permita su no ejercicio.

Un paso adelante sería considerar si alguno de nuestros derechos irrenunciables deberían ser, además, *derechos de ejercicio obligatorio*. Se trataría de derechos cuyo beneficio para el titular debe ser impuesto. El ejemplo más común de este tipo de derechos (en el contexto de nuestro sistema jurídico) sería el derecho a la educación, pero, como ha señalado Liborio Hierro, habría otros tales como el derecho de defensa, el *habeas corpus*, la igualdad ante la ley, etc.¹⁰². Este tipo de derechos serían “derechos-

¹⁰² Hierro, Liborio: “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, en *Sistema*, 46 (1982), p. 48.

obligación”, es decir, “derechos” porque fundamentan una pretensión frente a otros (particularmente al Estado) de proporcionar los medios necesarios para su satisfacción y de no interferencia con su ejercicio y “obligación” porque el titular no puede elegir no ejercerlo¹⁰³.

La fundamentación de estos derechos-obligación pasa por la teoría de las necesidades básicas. A lo largo de esta tesis, hemos tenido oportunidad de caracterizar suficientemente el concepto de “necesidad básica”; ahora quisiera destacar tan sólo dos propiedades de estas necesidades que me parecen relevantes para juzgar sobre la justificación del paternalismo estatal: primero, los bienes básicos o primarios tienen un carácter esencialmente instrumental y es plausible sostener que por sí solos no tienen valor alguno y, segundo, hay situaciones dramáticas en las que la satisfacción de una necesidad básica conlleva la insatisfacción de otra. Estas consideraciones menoscaban la posición de que cabe fundar una presunción general de que todo individuo que, con sus acciones y omisiones, frustra la satisfacción de sus necesidades básicas es un incompetente básico. El caso más claro a este respecto sería el de la configuración del derecho a la vida como un “derecho-obligación”. La prohibición penal de la práctica de la eutanasia se apoya, en ocasiones, en una concepción del derecho a la vida como un derecho-obligatorio. Sin embargo, los defensores de la prohibición desatienden sistemáticamente un aspecto relevante de la cuestión: la situación en la que queda la persona a la que se le niega la eutanasia. Ésta situación conlleva, por un lado, una insatisfacción de necesidades básicas, como la de “no sufrir graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”, y, por otro lado, resta valor instrumental a la vida cuando “conduce (en un plazo breve) necesariamente a la muerte”. En este contexto me parece implausible una presunción general de que los solicitantes de eutanasia son incompetentes. A esto hay que añadir que el desarrollo de las ciencias biomédicas ha multiplicado las ocasiones en las que estas situaciones se pueden dar. No obstante, se podría contra-argumentar diciendo que la regla *maximin* hace preferible asumir el riesgo de quedar entre la espada y la pared de la enfermedad y la prohibición, al riesgo de que se nos practique la eutanasia cuando no hemos consentido válidamente por hallarnos en una

¹⁰³ Sobre el concepto de “derechos” aplicable a estos casos, véase: Feinberg, Joel: “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, en *Philosophy & Public Affairs*, 7(1978), n° 2 (trad. al castellano en *Anuario de Derechos Humanos*, 7(1990), pp. 61-88); Hierro, Liborio: “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, *cit.*; y McCormick, Neil: “Children’s rights: a test-case for theories

situación de incompetencia básica. Ahondando en este argumento, se podría añadir que los enfermos terminales se encuentran con frecuencia en una situación de incompetencia básica. Los abolicionistas replicarían, por su parte, que este riesgo puede ser atenuado por medio de procedimientos de control. A mi juicio, esta última es la posición más correcta.

Pensemos, sin embargo, en el derecho-obligación de comparecer en juicio con la asistencia de un abogado. Eventualmente este derecho puede imponerse contra la voluntad de su titular y en su propio beneficio. Generalmente, cuando el que desea renunciar a su derecho tiene una formación jurídica acreditada se le permite hacer (él mismo es abogado o tiene los estudios de Derecho), de manera que el caso de interferencia paternalista se limitaría a aquellos que no desean ser representados y asesorados jurídicamente cuando no tienen los conocimientos jurídicos necesarios para defender sus propios intereses. Es fácil advertir que si el individuo desea ser castigado o que se oiga su propia voz, la obligación de contar con asistencia letrada no se lo impedirá. En realidad, este derecho lo único que obstaculiza es cumplir estos propósitos en ignorancia de las circunstancias legales. Aquí estaríamos, me parece, ante un paternalismo estatal ante el que individuos racionales consentirían.

En general, podría decirse que es racional consentir al paternalismo estatal que se orienta a impedir que los individuos persigan sus intereses en ignorancia de circunstancias relevantes e, igualmente, aquellos procedimientos de control orientados a garantizar que el sujeto que toma sus decisiones no lo hace en un estado de incompetencia básica.

3.4. Aplicaciones

Quisiera terminar con un comentario de dos casos que han estado presentes a lo largo de la tesis: los casos que Gerald Dworkin denominaba de seguridad (la obligación general de llevar casco en la moto o cinturón de seguridad en el coche) y la prohibición del consumo o tráfico de drogas por motivos paternalistas. Como se ha dicho, para determinar el alcance de las condiciones generales de justificación del paternalismo se ha

of right”, en MacCormick, Neil: *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 154-166.

de considerar caso por caso. Se trata de una tarea de argumentación sobre casos que esta tesis deja abierta pero para la que espero sirva de guía.

Con respecto al primer caso, es plausible sostener que muchos de los individuos que no se ponen un casco o un cinturón de seguridad podrían estar afectados por algún tipo de incompetencia de los mencionados más arriba. Errores inferenciales sobre el manejo de probabilidades, ignorancia sobre los riesgos implicados en esa conducta, sutiles formas de coacción externa que empujan a comportamientos uniformes (por ejemplo, el adolescente que no se pone el casco porque otros jóvenes no se ponen el casco), etc., estarían presentes en la explicación de una conducta que incrementa extraordinariamente el riesgo de daño para quienes la practican. Además, la aplicación de un estándar móvil de la incompetencia apoya la pretensión de considerar incompetentes a los conductores y motoristas imprudentes, puesto que los riesgos implicados en esa conducta suelen ser de muerte o grave discapacidad. Por todo ello, y en contra de la opinión de Joel Feinberg o Gerarld Dworkin, creo que cabría fundar una presunción general de que la conducta de no ponerse el cinturón o de llevar el casco en la moto tiene su origen en una situación de incompetencia básica. Ahora bien, tampoco cabe dudar de que, en algunos casos, motoristas y conductores competentes no se ponen el casco o el cinturón.

La cuestión es, entonces, si sería racional aceptar este paternalismo orientado a atenuar las consecuencias de los accidentes de tráfico cuando en la mayoría de los casos la conducta imprudente tiene su origen en una situación de incompetencia básica y cuando la medida adoptada es una prohibición general que afecta igualmente a los pocos casos de comportamiento imprudente pero suficientemente voluntario. Creo que la mayoría estaría a favor de esta legislación y me parece interesante indagar sobre los fundamentos de ese juicio favorable. En primer lugar, me parece que implícitamente se acepta que la medida es una “interferencia trivial con la autonomía” (entendida ésta en el sentido muy amplio de derecho a la no interferencia en el ámbito de decisiones privadas), puesto que no ponerse el cinturón de seguridad o el casco en la moto no constituye un ingrediente significativo de ningún plan de vida y, en consecuencia, la imposición de esas conductas no frustran planes de vida y, si acaso, pueden constituir irrelevantes dificultades para ciertos planes de vida. En segundo lugar, junto a la trivialidad o levedad de la afectación a la autonomía (en el sentido amplio mencionado) se aprecia la

intensidad de la satisfacción del objetivo de salvaguardar aspectos básicos del bienestar humano. En tercer y último lugar, las sanciones que respaldan el cumplimiento de los mandatos jurídicos resultan aceptables por su naturaleza (administrativa y no penal) y limitada cuantía.

Las anteriores consideraciones apuntan a que la ponderación tiene un papel en la justificación del paternalismo ejercido por medio de mandatos generales. En estos casos, la condición de la incompetencia básica se satisface mediante el establecimiento de una presunción general. Se trata de juicios débiles para apoyar en ellos una política paternalista y, por tanto, el principio de autonomía reaparece como un contrapeso a la persecución pública del bienestar individual. Ésta es la racionalidad que subyace a la fragmentación de los tradicionales estatus jurídicos de incompetencia: por ejemplo, la minoridad o la demencia. Volvamos al caso de los niños: la valoración de la “inmadurez” como una fuente de incompetencia, no zanja la cuestión del respeto por la autonomía de los menores. La autonomía no sólo operaría en relación con los niños como un objetivo de su educación (promover la autonomía), sino como una exigencia permanente de justificación de las interferencias paternalistas.

En el supuesto de la punición del consumo y tráfico de drogas por motivos paternalistas encontramos, sin embargo, serias dificultades para aplicar los mismos argumentos que parecen valer para las medidas que imponen prudencia en la circulación vial; no obstante, las razones a favor de considerar que la preferencia por el consumo de drogas tiene su origen en una situación de incompetencia básica es más sólido, al menos en relación con algunas drogas. La mayoría de las legislaciones antidrogas, entre ellas la española, interfieren con la libertad de comprar drogas de los ciudadanos sancionando penalmente el tráfico y, en algunos casos, sancionando (penal o administrativamente) el consumo. En primer lugar, estas interferencias no me parecen en absoluto triviales con la autonomía individual: de un lado, tengo la sospecha de que la prohibición penal es generadora de la preferencia de muchas personas por no consumir drogas duras y, de otro lado, para aquellos que tienen esa preferencia la prohibición afecta, generalmente, a aspectos sustanciales de su propio plan de vida. En segundo lugar, la determinación de las consecuencias del consumo de drogas es mucho más compleja que la determinación de las consecuencias de no llevar casco en la moto. En tercer lugar, las sanciones empleadas

en la lucha contra las drogas son, generalmente, de tipo penal y de una considerable gravedad.

Desde luego, habría que hacer muchas distinciones y precisiones sobre políticas antidroga para juzgar su legitimidad. Aquí quisiera centrarme en la cuestión concreta de si es racional para los ciudadanos aceptar políticas del Estado destinadas a prohibir la venta de sustancias psicotrópicas aceptado que un número relevante de consumidores son incompetentes básicos en relación con su consumo. A mi juicio, la respuesta correcta es que la racionalidad no descarta ninguna de las dos respuestas, positiva o negativa. Las drogas nos hacen perder el control por momentos y, en el caso de las drogas dura se trata de una pérdida que puede devenir permanente. Sin embargo, aceptar la prohibición supone, también, una pérdida de control en un aspecto de nuestras vidas que puede ser muy significativo. Quizás, la solución está, como propugnan muchos “abolicionistas”, en la distinción entre tipos de drogas según su “dureza”. Con respecto a algunos tipos de drogas particularmente duras (¿la heroína?¿el crack?) puede ser racional preferir la prohibición, mientras que con respecto a drogas particularmente blandas (¿la marihuana?¿el alcohol?¿el tabaco?) puede ser racional optar por medios de control diferentes a la prohibición general.

En todo caso, creo que siempre habría un límite en cuanto a la dureza de las drogas por encima del cual sería racional aceptar a una prohibición general de su venta. Si este límite se sitúa justo por encima de, por ejemplo, la heroína, la solución preferible, desde el punto de vista del paternalismo, en cuanto a la mayoría de las drogas consumidas en la actualidad, puede ser generar alguna forma de acceso legal y controlado a la droga para los adultos competentes, aunque la razón para su consumo sea puramente lúdica o recreativa. Para drogas blandas como la marihuana, la regulación puede limitarse a restringir su consumo a ciertos locales, imponiendo a los propietarios la obligación de no vender a menores ni tampoco a adultos que han consumido en exceso. Para otras drogas más duras, quizás la solución sea permitir la creación de clubs privados para el consumo que, si se me permite un esfuerzo de “imaginación jurídica”, deberían satisfacer los siguientes requisitos: desarrollar sus actividades en establecimientos cerrados al público, prohibir el acceso a menores, garantizar que los miembros tengan la información disponible y están en condiciones de válidamente consentir o decidir drogarse, suscribir seguros para los miembros del club que cubran los riesgos para la salud del consumo, no

admitir droga procedente del mercado ilegal, no admitir a individuos con antecedentes penales relacionados con el tráfico de drogas, no permitir una frecuencia en el consumo que desencadene necesariamente una adicción, mantener los precios de acuerdo con unas tarifas públicas, etc.

4. Conclusiones

- 1) El comportamiento paternalista es, desde el punto de vista filosófico, un problema interesante por tres razones principales: En primer lugar, el paternalismo es una conducta muy extendida en cualquier ámbito de relaciones humanas en el que unos persigan promover o proteger el bienestar individual de los otros. En segundo, algunas de las prácticas paternalistas parecen claramente justificadas, pero ello obliga a precisar y ajustar nuestros esquemas generales de justificación. Y tercero, la delimitación conceptual del paternalismo se ha mostrado extraordinariamente difícil.
- 2) La mejor estrategia para afrontar los problemas filosóficos sobre el paternalismo es tratar de construir una noción de paternalismo que sea neutral (en el sentido de que decir de un comportamiento que sea paternalista no sea equivalente a decir que es un comportamiento injustificado) y, a continuación, fijar unas condiciones de justificación del paternalismo.
- 3) Las dificultades para dar con una definición de paternalismo que no sea ni demasiado amplia ni demasiado estrecha tienen un origen doble: por una parte, el paternalismo consiste siempre en un ejercicio de poder y el poder, como señalara Max Weber, es “amorfo”; y, por otra parte, las ideas de “beneficiar” y “evitar daños”, que suelen ser utilizadas para designar la finalidad del paternalismo, son notablemente complejas. Una definición plausible de paternalismo sería, a mi juicio, la siguiente: *El agente A ejerce paternalismo sobre B si y sólo si: 1) A ejerce poder sobre B, y 2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico).* La cual sería equivalente a la siguiente: *A ejerce paternalismo sobre B si y sólo si: 1) A influye (por medios distintos de la persuasión racional) a B, coacciona a B, impide*

actuar a B o castiga a B; y 2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico).

- 4) El paternalismo jurídico sería una forma del paternalismo en general y que cabría definir de la siguiente manera: *A ejerce paternalismo jurídico sobre B si y sólo si: 1) A ejerce un poder jurídico sobre B, y 2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico).* La cual sería equivalente a la siguiente: *A ejerce paternalismo jurídico sobre B si y sólo si: 1) A, en el ejercicio de una competencia, sitúa a B en una posición de deber, no derecho, sujeción o incompetencia (en este último caso, para modificar su propia situación jurídica), y 2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico).*
- 5) El paternalismo fuerte (la doctrina que considera que la incompetencia es el estado normal de la mayoría de los individuos) se basaría en una noción de incompetencia inadecuadamente amplia, de la que se deriva la tesis de que el Estado puede justificadamente asumir el rol de padre con respecto a los ciudadanos. Ésta es una posición inaceptable. El paternalismo débil sólo aceptaría la justificación de concretas acciones y/o regulaciones paternalistas en un marco general de respeto por las decisiones privadas de los individuos.
- 6) El paternalismo débil como doctrina enunciaría un principio moral secundario de acuerdo con el cual está justificado que un individuo A ejerza poder sobre B para evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan o le suponen un incremento de riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico), siempre y cuando B sea incompetente (sobre una razonable concepción de la incompetencia).

- 7) Las condiciones de una interferencia paternalista justificada pueden ser enunciadas de la siguiente manera: *A ejerce paternalismo justificadamente sobre B por medio de X, si y sólo si: 1) X es una medida idónea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico) y no hay una forma alternativa no paternalista y de coste razonables para evitar esos daños; y 2) la tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en un estado de incompetencia básica del sujeto B; y 3) se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones como al contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incompetencia básica.*
- 8) El juicio de idoneidad de una medida paternalista X se compone de dos partes: primero, la determinación de que algo es un daño para el sujeto B y, segundo, la determinación de que X es un medio adecuado para evitar ese daño. El juicio de necesidad de una medida paternalista X es aquel que establece que no existe una medida alternativa que logre el mismo objetivo pero a un menor coste. El cumplimiento de las condiciones de idoneidad y necesidad es más fácil en contextos cooperativos de paternalismo (aquellos en los que las relaciones entre A y B son tales que hay más posibilidades de que el paternalismo sea genuino paternalismo, es decir genuinamente benevolente, y de que A conozca realmente cuáles son los intereses de B) que en contextos conflictivos de paternalismo (aquellos en los que entre A y B hay un conflicto de intereses potencial o real).
- 9) La competencia (en sentido amplio, que abarcaría a todos los factores que pueden convertir la decisión de un sujeto en insuficientemente voluntaria) se definiría como la “capacidad para tomar una decisión racional”. La función de los juicios de competencia sería distinguir entre las personas cuyas decisiones auto-referentes deben ser respetadas de aquellas cuyas decisiones auto-referentes pueden o deben no ser respetadas (por su propio bien). El estándar de exigencia para determinar la competencia debe ajustarse de acuerdo con las siguientes reglas: 1) cuanto mayor sea el riesgo de una conducta, tanto mayor debe ser el grado de competencia requerido para permitir la conducta; 2) cuanto más

irremediable sea el daño arriesgado, tanto mayor debe ser el grado de competencia requerido para permitir la conducta y 3) el estándar de voluntariedad debe adaptarse de otras maneras a las diversas circunstancias especiales. El estudio de los factores que pueden generar incompetencia puede ordenarse clasificándolos de acuerdo con una doble distinción: 1) factores de incompetencia que afectan a aspectos cognitivos o volitivos, y 2) factores de incompetencia que son consecuencia de elementos externos e internos.

- 10) La exigencia de contar con el consentimiento hipotético racional a la medida debe entenderse en dos sentidos: En primer lugar, es necesario para que una interferencia paternalista X esté justificada que pueda presumirse racionalmente que el sujeto B consentiría a X si no estuviera en una situación de incompetencia básica. En segundo lugar, debe ser posible presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones. En este último sentido, en el contexto de un Estado democrático y constitucional, parece plausible sostener que sería racional consentir a algunas medidas paternalistas (tales como la irrenunciabilidad de los derechos, el ejercicio obligatorio de los derechos de educación, defensa, etc., intromisiones leves en la libertad como la obligación de llevar el cinturón de seguridad, detracciones obligatorias para asegurar una pensión de jubilación, etc.).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abellán, Joaquín:

- *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- “Introducción”, en Locke, John: *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, ed. Austral, Madrid, 1997.

Ackerman, Bruce A.: *Social Justice in the Liberal State*, ed. Yale University Press, New Haven, 1980.

Alemaný, Macario: “Las estrategias de la benevolencia. Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética”, en *Doxa*, 26 (2003).

Alexy, Robert:

- *Teoría de los derechos fundamentales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66 (2002).

Allen, J.W.: “Sir Robert Filmer”, en Hearnshaw, F. J. C. (dir.): *The Soc. and Pol. Ideas of Some English Thinkers of the Augustan Age*, Londres, 1923.

Álvarez, Silvina: *La racionalidad de la moral (Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo)*, ed. CEPC, Madrid, 2002.

Añon Roig, M^a José: *Necesidades y derechos (Un ensayo de fundamentación)*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Aristóteles: *Ética Nicomáquea*, ed. Gredos, Madrid, 2000.

Arneson, Richard J.: “Mill versus paternalism”, en *Ethics*, vol. 90, n^o 4, (July, 1980).

Atienza, Manuel:

- “Discutamos sobre paternalismo”, en *Doxa* 5(1988).
- “La filosofía moral de Ernesto Garzón”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *Las razones del Derecho (Teorías de la argumentación jurídica)*, ed. CEC, Madrid, 1993.
- *Tras la justicia*, ed. Ariel, Barcelona, 1993.
- “Juridificar la bioética”, en Vázquez, Rodolfo (comp.): *Bioética y derecho*, ed. FCE-Itam, México, 1999.
- “Entrevista a Robert Alexy”, en *Doxa* 24 (2001).

Atienza, Manuel y Juan **Ruiz Manero**: *Las piezas del Derecho (Teoría de los enunciados jurídicos)*, ed. Ariel, Barcelona, 1996.

Babiano Mora, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España, 1938-1958*, ed. CES, Madrid, 1998.

Barry, Brian: *Political Argument*, ed. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1965.

Bayón, Juan Carlos:

- “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites”, en *Doxa* 3(1986).
- *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Beauchamp, Tom L.:

- “Paternalism and Bio-behavioral Control”, en *The Monist*, 60(1977).
- “Principles or rules?”, en Kopelman, L. M.: *Building Bioethics: Conversations with Clouser and Friends on Medical Ethics*, ed. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999.

Beauchamp, Tom L. y James F. **Childress**: *Principles of Biomedical Ethics*, ed. Oxford University Press, Nueva York, (eds. 1979, 1983, 1989, 1994 y 2001).

Beauchamp, Tom L. y Laurence B. **McCullough**: *Medical Ethics: The Moral Responsibilities of Physicians*, ed. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1984.

Bennassar, M. B., J. **Jacquart**, F. **Lebrun**, M. **Denis** y N. **Blayau**: *Historia moderna*, ed. Akal, Madrid, 1980.

Betti, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, ed. Comares, Granada, 2000.

Bobbio, Norberto:

- *Locke e il diritto naturale*, ed. G. Giappichelli, Turín, 1963.
- *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, ed. FCE, México, 1996.

Bobbio, Norberto y Nicola **Matteucci**: *Diccionario de política*, ed. Siglo XXI, Madrid, 1982.

Bogaerts, Jorge: *El mundo social de Ensidesa. Estado y paternalismo industrial (1950-1973)*, ed. Azucel, Avilés, 2000.

Boyle, Joseph y Wayne **Sumner** (ed.): *Philosophical Perspectives on Bioethics*, ed. University of Toronto Press, Canadá, 1996.

Brock, Dan:

- “Paternalism and Promoting the Good”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.
- “ ‘A Case for Limited Paternalism’ Review of John Kleinig's *Paternalism*”, en *Criminal Justice Ethics* (Summer-Fall 1985), 4(2).

Brock, Dan y Allen **Buchanan**: *Deciding for Others*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

Buchanan, Allen E.:

- "Medical Paternalism", en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

- "Limits of Proxy Decision-making", en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

Bunge, Mario: *Treatise on Basic Philosophy*, ed. Reidel Publishing Company, Boston, 1989.

Carter, Rosemary: "Justifying Paternalism", en *Canadian Journal of Philosophy*, 7 (1977, March).

Cheysson, Emile: "L'evolution du patronage", en *La reforme sociale*, 1892 (2).

Childress, James: *Who Should Decide? Paternalism in Health Care*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1982.

Colomer, José Luis: "Libertad individual y límites del derecho", en Díaz, Elías y José Luis Colomer (dirs.): *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

Culver, Charles M. y Bernard **Gert**: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1982.

Dahl, Robert A.:

- "The Concept of Power", en *Behavioral Science*, 2 (1957).

- "El tutelaje", en Dahl, Robert A.: *La democracia y sus críticos*, ed. Paidós, Buenos Aires, 1993.

Dasgupta, Partha: *An Inquiry into WellBeing and Destitution*, ed. Oxford University Press, Oxford, 1993.

Davidson, Donald:

- *Essays on actions and events*, ed. Oxford University Press, Oxford, 1980.

- "¿Cómo es posible la debilidad de la voluntad?", en Feinberg, Joel (comp.): *Conceptos morales*, ed. FCE., México, 1985.

DeGrazia, David: "Moving Forward in Bioethical Theory: Theories, Cases, and Specified Principlism", en *Journal of Medicine and Philosophy*, 17 (1992).

De Lucas, Javier:

- "Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la antigüedad clásica", en *Doxa* 5(1988).

- "Sobre la justificación de la democracia representativa", en *Doxa* 6 (1989).

De Páramo, Juan Ramón:

- "Liberalismo, pluralismo y coacción", en *Doxa*, 11 (1992).

- *Tolerancia y liberalismo*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

De Páramo, Juan Ramón y Jerónimo **Betegón** (coords.): *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, ed. Ariel, Barcelona, 1990.

Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals*, ed. Oxford University Press, 1968.

Díaz Pintos, Guillermo: *Autonomía y paternalismo*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Murcia, 1993.

Diciotti, Enrico: “Paternalismo”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XVI, 2(1986), pp. 557-586.

Dieterlen, Paulette: “Respuesta a M. Atienza”, en *Doxa*, 5 (1988).

Douglas, Jack D.: “Cooperative Paternalism versus Conflictful Paternalism”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

Drane, James F.:

- “Competence to Give an Informed Consent. A Model for Making Clinical Assessments”, en *Journal of the American Medical Association*, 252 (1984).

- “The Many Faces of Competency”, en *Hastings Center Report*, 1985.

Duff, R. A.: “Harms and Wrongs”, en *Buffalo Criminal Law Review*, 5(2001), (*Symposium: The Moral Limits of the Criminal Law*).

Dworkin, Gerald:

- “Paternalism”, en Wasserstrom, R. A. (ed.): *Morality and the Law*, ed. Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971.

- “Paternalism”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

- “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

- *The Theory and Practice of Autonomy*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

Dworkin, Ronald:

- “Liberalism”, en Hampshire, Stuart (ed.): *Public and Private Morality*, ed. Cambridge University Press, Nueva York, 1978.

- *Ética privada e igualitarismo político*, ed. Paidós, Barcelona, 1993.

Elster, Jon:

- *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, ed. Península, Barcelona, 1988.

- *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, ed. FCE, México, 1997.

- *Ulises desatado (Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones)*, ed. Gedisa, Barcelona, 2002.

Elster, Jon y Ole-Jorgen **Skog**: *Getting Hooked. Rationality and Addiction*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

Feinberg, Joel:

- “Legal Paternalism”, en *Canadian Journal of Philosophy* 1, n°1 (1971).
- *Social Philosophy*, ed. Prentice-Hall, New Jersey, 1973.
- “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, en *Philosophy & Public Affairs*, 7(1978), n° 2.
- “The Idea of a Free Man”, en *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty (Essays in Social Philosophy)*, ed. Princeton University Press, New Jersey, 1980.
- *Harm to Others (The Moral Limits of the Criminal Law)*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1984.
- *Offense to Others (The Moral Limits of the Criminal Law)*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1985.
- *Harm to Self (The Moral Limits of the Criminal Law)*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1986.
- “Noncoercive Exploitation”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.
- “Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 7(1990).
- *Harmless-Wrongdoing (The Moral Limits of the Criminal Law)*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1990.
- *Freedom & Fulfillment*, ed. Princeton University Press, Princeton, 1994.
- Voz “paternalism”, en *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. Macmillan, Nueva York, 1996.

Feinberg, Joel y Jules Coleman: *Philosophy of Law*, ed. Wadsworth, Belmont, 2000.

Fernández Costales, Javier: “El contrato de préstamo”, en *Iustel. Materiales para el Estudio del Derecho*, www.iustel.com.

Fernández de Castro, Ignacio: *Del paternalismo a la justicia social*, ed. Euramérica, Madrid, 1956.

Filmer, Robert: *Patriarca*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

Fletcher, Joseph: *Ética de la situación. La nueva moralidad*, ed. Ariel, Barcelona, 1970.

Fotion, N.: “Paternalism”, en *Ethics*, 89(1979).

Foucault, Michel: *Vigilar y castigar*, ed. Siglo XXI, Madrid, 2000.

Frankena, William K.:

- “Natural and Inalienable Rights”, en *Philosophical Review*, 64 (1955).
- *Ethics*, ed. Prentice-Hall, New Jersey, 1973.
- *Thinking about Morality*, ed. University of Michigan Press, Ann Arbor, 1980.

Garayo Urruela, Jesús M^a: “La recuperación de Frédéric Le Play”, en *Reis*, 93/01.

García San Miguel, Luis (coord.): “El libre desarrollo de la personalidad”, ed. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995.

Garzón Valdés, Ernesto:

- “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa*, 3(1986).
- “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa* 5(1988).
- “Sigamos discutiendo sobre paternalismo”, en *Doxa* 5(1988).
- “Sobre la justificación de la democracia representativa”, en *Doxa* 6 (1989).
- “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa* 6 (1989).
- “On Justifying Legal Paternalism”, en *Ratio Juris*, 3 (1990).
- *Derecho, ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Garzón Valdés, Ernesto: “No pongas tus sucias manos sobre Mozart”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Intervencionismo y paternalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “El concepto de estabilidad de los sistemas políticos”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Garzón, Ernesto: “El problema ético de las minorías étnicas”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Democracia y representación”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. CEC, Madrid, 1993.
- “Ética, economía y criterios de legitimidad”, en Garzón, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. CEC, Madrid, 1993.
- “El concepto de legitimidad de Niklas Luhman”, en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Algunas consideraciones éticas sobre el transplante de órganos”, en *Isonomía*, 1(1994).
- “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’ (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños)”, en *Doxa*, 15-16 (1994).
- “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral”, en *Doxa*, 21-II (1998).
- *Instituciones suicidas (Estudios de ética y política)*, ed. Paidós, México, 2000.

Gert, Bernard:

- *The Moral Rules*, ed. Harper & Row, Nueva York, 1970.
- *Morality. A New Justification of the Moral Rules*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1988.
- *Morality: its Nature and Justification*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1998.

Gert, Bernard y Charles M. Culver:

- “Paternalistic Behavior”, en *Philosophy & Public Affairs*, 6 (1976).
- “The Justification of Paternalism”, *Ethics*, 89(1979).

Gert, Bernard y K. Danner Clouser: “A Critique of Principlism”, en *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15 (1990).

Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1997.

Gert, Bernard, Charles M. **Culver** y K. Danner **Clouser**: “Common Morality versus Specified Principlism: Reply to Richardson”, en *Journal of Medicine and Philosophy*, 25 (2000).

Giner, Salvador: *Historia del pensamiento social*, ed. Ariel, Barcelona, 1980.

Goldman, Alan: *The Moral Foundation of Profesional Ethics*, ed. Roman and Littlefield, Totowa, New Jersey, 1980.

González Lagier, Daniel: *Las paradojas de la acción*, ed. Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

González Vicén, Felipe: “La filosofía del Estado en Kant”, en Kant, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

Grisso, Thomas y Paul Appelbaum: *Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals*, ed. Oxford University Press, Oxford, 1998.

Gubin, Eliane: “Liberalisme économique et paternalisme en Belgique au XIXe siècle”, en Erik Aerts, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, ed. Leuven University Press, Lovaina, 1990.

Habermas, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, ed. Trotta, Madrid, 1987.

Haksar, Vinit: *Equality, Liberty and Perfectionism*, ed. Oxford University Press, Oxford, 1979.

Hare, R.M.: *Freedom and Reason*, ed. Oxford University Press, Oxford, 1963.

Hart, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, ed. Stanford University Press, 1963.

Hayek, F.A.: *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, ed. Unión Editorial, Madrid, 1997.

Hazard, Paul: *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, ed. Alianza Universidad, Madrid, 1985.

Hellman, Arthur D.: *Laws Against Marijuana: The Price We Pay*, ed. University Illinois Press, Chicago, 1975.

Hierro, Liborio L.:

- “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, en *Sistema*, 46 (1982).

- “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los derechos del niño”, en *Revista de Educación*, 294 (1991).

- “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en *Estado, justicia, derechos*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2002.

Hobbes, Thomas: *Leviatán*, ed. Tecnos, Madrid, 1987.

Hobsbawm, Eric: *Historia del siglo XX*, ed. Crítica, Barcelona, 1996.

Hochschild, Adam: *El fantasma del rey Leopoldo (Codicia, terror y heroísmo en el África colonial)*, ed. Península, Barcelona, 2002.

Hohfeld, W. N.: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, ed. Ashgate-Dortmouth, 2001.

Horney, Karen: *The Neurotic Personality of Our Time*, ed. Routledge & Kegan Paul, London, 1937.

Hospers, John: *An Introduction to Philosophical Analysis*, ed. Routledge, London, 1990.

Humboldt, Wilhelm von: *Los límites de la acción del Estado*, ed. Tecnos, Madrid, 1988.

Husak, Douglas N.:

- "Paternalism and Autonomy", en *Philosophy & Public Affairs* 10 (1980), nº 1.

- "Recreational Drugs and Paternalism", en *Law and Philosophy* 8(1989).

Ihering, Rudolf von: *El fin en el derecho*, ed. Comares, Granada, 2000.

Jequier, François: "Fondements éthiques et réalisations pratiques de patrons paternalistes en Suisse romande (XIXe – Xxe siècles)", en Erik Aerts, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, ed. Leuven University Press, Lovaina, 1990.

Jescheck, H. H.: *Tratado de Derecho penal. Parte general* (3ª edición), ed. Bosch, Barcelona, 1981.

Jonsen, Albert R. y Stephen **Toulmin**: *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, ed. University of California Press, Berkeley, 1988.

Kant, Immanuel:

- *Introducción a la Teoría del Derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- "Sobre el tópico: Esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica", en Kant, Immanuel: *En defensa de la Ilustración*, ed. Alba, Barcelona, 1999.

Kamisar, Yale: "Euthanasia Legislation: Some Non-Religious Objections", in Owen Peter: *Euthanasia and Right to Death*, ed. A. B. Downing, London, 1969.

Katzner, Louis I.: "The Ethics of Human Experimentation: The Information Condition", en Wade L. Robison y Michael S. Pritchard: *Medical Responsibility, Paternalism, Informed Consent, and Euthanasia*, ed. Clifton, New Jersey, 1979.

Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, ed. Porrúa, México, 1993.

Kleinig, John:

- "The Ethics of Consent", en Nielsen, Kai y Steve C. Patten (eds.): *New Essays in Ethics and Public Policy, Canadian Journal of Philosophy*, volumen suplementario VIII, Canadian Association for Publishing in Philosophy, 1982
- *Paternalism*, ed. Manchester University Press, Manchester, 1983.

Kenny, Anthony: "Happiness", *Proceedings of the Aristotelian Society* 66 (1965).

Kenny, Michael: "Patterns of Patronage in Spain", en *Anthropological Quarterly*, vol. 33, nº1 (January, 1960), pp. 14-23.

La porta, Francisco J.:

- "Sobre el uso del término libertad en el lenguaje político", *Sistema*, 52(1983).
- "El ámbito de la Constitución", en *Doxa* 24 (2001).

Larry, Alexander: "Harm, Offense and Morality", en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, July(1994).

Le Play, Frédéric: *Ouvres de F. Le Play*, Editions d'Historie et d'Art, 1941.

Locke, John:

- *Carta sobre la tolerancia*, ed. Tecnos, Madrid, 1985.
- *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, ed. Austral, Madrid, 1997.

López Calera, Nicolás: "La vida y la muerte ante la ética y el derecho. Paternalismo médico y desarrollo científico", en *Doxa* 15-16 (1994), vol. II, pp. 715-729.

MacCormick, Neil: "Children's rights: a test-case for theories of right", en MacCormick, Neil: *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1982.

Malm H.M.: "Liberalism, Bad Samaritan Law, and Legal Paternalism", en *Ethics* 106 (October 1995).

Mill, John Stuart:

- *Utilitarianism and On liberty*, ed. Mary Warnock, Londres, 1962.
- *Principios de economía política*, ed. F.C.E, 1978.
- *Sobre la libertad*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1999.

Moreno, Luis y Sebastià **Sarasa**: "Génesis y desarrollo del Estado del Bienestar en España", ed. Instituto de Estudios Sociales Avanzados, *Documento de Trabajo* 92-13.

Mortimore, Geoffrey (ed.): *Weakness of Will*, ed. MacMillan St. Martin's Press, Bristol, 1971.

Murphy, Jeffrie G.: "Incompetence and Paternalism", en *ARSP*, LX, nº 4(1974).

Nandrin, Jean-Pierre: "Les libéraux et la genèse du droit social en Belgique. Peut-on parler d'un modèle paternaliste libéral?", en Aerts, Erik, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, ed. Leuven University Press, Lovaina, 1990.

- Nino**, Carlos S.:
- *Los límites de la responsabilidad penal (Una teoría liberal del delito)*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, Barcelona, 1989.
- Nozick**, Robert: “Coercion”, en Laslett, Peter y W.G. Runciman and Quentin Skinner (eds.): *Philosophy, Politics and Society*, ed. Basil Blackwell, Oxford, 1972.
- O’Neil**, Onora: “Children’s Rights and Children’s Lives”, en *Ethics*, 98 (1988).
- Oppenheim**, Felix E.: *Conceptos políticos (Una reconstrucción)*, ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- Pallarés**, Francesc: “El sistema político en acción”, en *Revista de Estudios Políticos*, 62(1988).
- Parfit**, Derek:
- “Later Selves and Moral Principles”, en Montefiore, A. (comp.): *Philosophy and Personal Relations*, Londres, 1973.
- *Reasons and Persons*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1984.
- Pellegrino**, Edmund y David **Thomasma**: *For the Patient’s Good: The Restoration of Beneficence in Health Care*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1988.
- Perelman**, Chaïm y Lucie **Olbrecht-Tyteca**: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, ed. Gredos, Madrid, 1989.
- Peters**, B. G.: *American Public Policy*, ed. Franklin Wats Pubs., Nueva York, 1982.
- Platón**: *República*, ed. Gredos, Madrid, 2000.
- Raz**, Joseph: *The Morality of Freedom*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1988.
- Rawls**, John: *Teoría de la Justicia*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- Regan**, Donald:
- “Justifications for Paternalism”, *Nomos XV: The Limits of Law*, Lieber-Atherton, New York, 1974.
- “Paternalism, Freedom, Identity and Commitment”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism* ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.
- Reid**, Donald: “Industrial Paternalism: Discourse and Practice in Nineteenth-Century French Mining and Metallurgy”, en *Comparative Studies in Society and History*, 27, 4(1985).
- Rescher**, Nicholas: *Welfare: The Social Issue in Philosophical Perspective*, ed. University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1972.
- Resta**, Eligio: “Metáfora del contrato”, en *Doxa*, 5(1988).

Richardson, Henry S.:

- "Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems", en *Philosophy and Public Affairs* 19 (1990).

- "Specifying, balancing, and interpreting bioethical principles", en *The Journal of Medicine and Philosophy*, 25 (2000).

Ross, W. D.: *The Right and the Good*, ed. Oxford Clarendon Press, Oxford, 1930.

Roth, L. H., Meisel, A. y C. W. Lidz: "Tests of competency to Consent to Treatment", en *American Journal of Psychiatry*, 134 (1977).

Sabine, George: *Historia de la teoría política*, ed. FCE., Madrid, 1992.

Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

Searle, John: *Actos de habla*, ed. Cátedra, Madrid, 1985.

Sierra Álvarez, José, *El obrero soñado. Ensayo sobre el paternalismo industrial (Asturias, 1860-1917)*, ed. Siglo XXI, Madrid, 1990.

Simón Lorda, Pablo: "La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas", en Feito Grande, Lydia: *Estudios de Bioética*, ed. Dykinson, Madrid, 1997.

Schonsheck, Jonathan: "Deconstructing Community Self-paternalism", en *Law and Philosophy*, 10(1991).

Schulz, Günther: "Industrial Patriarchalism in Germany", en Aerts, Erik, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, ed. Leuven University Press, Lovaina, 1990.

Slote Michael A.: "The Morality of Wealth", en Aiken, W. y H. LaFollete (dirs.): *World Hunger and Moral Obligation*, ed. Prentice-Hall, 1977.

Stephen, James F.: *Liberty, Equality, Fraternity*, ed. Stuart D. Warner, 1993.

Stevenson, C. L.: *Ética y lenguaje*, ed. Paidós, Barcelona, 1984.

Sunstein, Cass R.:

- "Legal Interference with Private Preferences", en *The University of Chicago Law Review*, 53(1986).

- "Las funciones de las normas regulativas", en *Isonomía* 17(Octubre, 2002).

Ten, C. L.: "Mill on Self-Regarding Actions", en Spitz, David (ed.): Mill, John S.: *On Liberty (A Norton Critical Edition)*, ed. Norton & Company, NY, 1975.

Thomson, Judith J.: "Self-defense and Rights", *The Lindley Lecture*, University of Kansas, 1976.

Thompson, E. P., “La sociedad inglesa del siglo XVIII: ¿lucha de clases sin clases?”, en *Tradición, revuelta y conciencia de clase (Estudios sobre la crisis de la sociedad preindustrial)*, ed. Crítica, Barcelona, 1979.

Tocqueville, Alexis de: *La democracia en América*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2002.

Truyol y Serra, Antonio: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, ed. Alianza Universidad, Madrid, 1975.

Tusell, Javier: “Historia de la democracia cristiana en España”, en *Cuadernos para el diálogo*, Madrid, 1974.

VanDeVeer, Donald:

- “The Contractual Argument for Withholding Medical Information”, en *Philosophy & Public Affairs* 9, 2 (1980).

- *Paternalistic Interventions (The Moral Bounds on Benevolence)*, ed. Princeton University Press, Princeton, 1986.

Vázquez, Rodolfo:

- *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, ed. Fontamara, México, 1997.

- “Teorías y principios normativos en bioética”, en *Doxa*, 23 (2000).

von Wright, G. Henrik: *Norma y acción (Una investigación lógica)*, ed. Tecnos, Madrid, 1979.

Walzer, Michael: *Just and Unjust Wars*, Nueva York, 1977.

Weber, Max: *Economía y sociedad*, ed. FCE, México, 1993.

Weil, François: “Les paternalismes aux Etats-Unis (1800-1930)”, en Aerts, Erik, Claude Beaud y Jean Stengers (eds.): *Liberalism and paternalism in the 19th century*, ed. Leuven University Press, Leuven, 1990.

Wikler, Daniel: “Paternalism and the Mildly Retarded”, en Sartorius, Rolf (comp.): *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

Zimmerman, David: “Coercive Wage Offers”, en *Philosophy and Public Affairs*, 10(1981).