



Lell, Helga María

# La contradicción de la justificación ética del paternalismo jurídico a la luz de la nota de autonomía del concepto de persona



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Argentina.  
Reconocimiento - Compartir Igual 2.5  
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/ar/>

Documento descargado de RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes de la Universidad Nacional de Quilmes

*Cita recomendada:*

Lell, H. M. (2021). *La contradicción de la justificación ética del paternalismo jurídico a la luz de la nota de autonomía del concepto de persona. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Argentina. Disponible en RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/3425>*

Puede encontrar éste y otros documentos en: <https://ridaa.unq.edu.ar>

## **La contradicción de la justificación ética del paternalismo jurídico a la luz de la nota de autonomía del concepto de persona**

*TESIS DE MAESTRÍA*

**Helga María Lell**

helgalell@cpenet.com.ar

### **Resumen**

¿Existe alguna forma de fundamentar éticamente el paternalismo jurídico? En particular: ¿existe una justificación moral apropiada del paternalismo jurídico que deje incólume a la persona como ser autónomo?

En esta tesis se sostienen respuestas negativas a los interrogantes anteriores. De acuerdo con la postura liberal que enfatiza la autonomía, la libertad y la propiedad de sí, cualquier intento de justificación ética del paternalismo jurídico conlleva el reconocimiento de cierto daño. Desde esta perspectiva, la legitimación ética del paternalismo jurídico, paradójicamente, trae aparejada también la deslegitimación de ese concepto. Mientras más se justifica éticamente el paternalismo jurídico por la protección de la persona para prevenir un daño, más desaparece otro aspecto de la misma justificación al causar un daño (reducción de la autonomía personal).

En este marco, la hipótesis de trabajo es que existe una paradoja insoslayable en el paternalismo jurídico: aquello que pareciera justificarlo desde el punto de vista ético socava su mismo fundamento. Ello por cuanto el paternalismo jurídico procura, a partir de prohibiciones, permisiones y obligaciones, tutelar a las personas para que eviten dañarse. De esta manera, el proyecto mismo de mantener incólume a la persona implica un daño a la misma persona, en tanto afecta su libertad individual.

La tesis tiene una introducción, dos capítulos y una conclusión. La introducción presenta el problema a abordar, los objetivos y el marco teórico. El primero de los capítulos se focaliza en la nota de autonomía del concepto de persona, en las regulaciones jurídicas sobre el principio de libertad, y en los debates a favor de medidas paternalistas. El segundo capítulo se centra en los elementos que caracterizan al paternalismo jurídico y, por ello, allí se analizan principalmente la noción de competencias básicas, de consentimiento y de daño, a través de las visiones de Garzón Valdés, Feinberg y Dworkin. Por último, la conclusión sintetiza los principales argumentos del texto, a la par que postula la necesidad de una carga argumentativa especial que recaerá sobre el agente interventor al regular las respectivas medidas paternalistas.

**Maestría en Filosofía**  
**Universidad Nacional de Quilmes**

**TESIS**

**La contradicción de la justificación ética del  
paternalismo jurídico a la luz de la nota de autonomía  
del concepto de persona**

Maestranda: Helga María Lell

Dirección: Dra. Lidia Raquel Miranda

Codirección: Dr. Luciano Venezia

2021

# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN

1.	Planteo del problema .....	5
2.	Enfoque teórico.....	9
2.1.	La preeminencia del sujeto de derechos y el “individualismo posesivo”	9
2.1.1.	El individuo racional y libre .....	10
2.1.2.	El sujeto de derechos y la propiedad de sí.....	12
2.1.3.	El individualismo posesivo.....	14
2.1.4.	Síntesis .....	17
2.2.	El paternalismo jurídico. Breve presentación .....	17
3.	Objetivos y estructura .....	19
	-Objetivo general .....	20
	-Objetivos específicos.....	20

## CAPÍTULO 1

### EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA Y LA NOTA DE AUTONOMÍA

1.	Introducción .....	22
2.	Liberalismo, libertad y derecho .....	23
3.	Autonomía y paternalismo .....	30
4.	Mill y la libertad .....	33
5.	Berlin y dos conceptos de la libertad .....	39
6.	El debate entre Hart y Devlin .....	43
7.	Dworkin, la autonomía y el paternalismo .....	46

8.	Feinberg y la autonomía .....	48
9.	Recapitulación .....	50

## **CAPÍTULO 2**

### **LA JUSTIFICACIÓN ÉTICA DEL PATERNALISMO JURÍDICO**

1.	Introducción .....	53
2.	El paternalismo jurídico.....	57
3.	El no perjuicio y la frustración de intereses. ¿Disolución de la aporía? ...	65
4.	Las medidas paternalistas en relación con la casuística y la función moralizante del derecho .....	69
5.	El consentimiento y las competencias básicas .....	74
6.	Cuándo y cómo consentir .....	82
7.	La actitud benevolente del interventor .....	86
8.	Recapitulación .....	88

<b>CONCLUSIONES</b> .....	92
---------------------------	----

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	102
---------------------------	-----

## INTRODUCCIÓN

### 1. Planteo del problema

El concepto de persona tiene una indeterminación semántica característica, lo que permite realizar diferentes interpretaciones en los ámbitos religioso, político, jurídico y filosófico. A su vez, estas interpretaciones conllevan resultados prácticos diversos. A modo de ejemplo, puede mencionarse que Daniel Busdygan plantea al menos dos grandes grupos de criterios para buscar una definición del concepto de persona desde una perspectiva filosófica.<sup>1</sup> Por un lado, se encuentran las posturas *sustancialistas*, que proponen como requisito la posesión de un sustrato genético humano. Así, se sostiene que “x” es persona si y solo si “x” puede lograr las capacidades que tienen las personas desarrolladas a causa de su genética en el futuro. Contra este criterio se pronuncian múltiples filósofos, como Martín Farrell<sup>2</sup>, Margarita Valdés<sup>3</sup>, Mary Anne Warren<sup>4</sup> y Judith Jarvis Thompson, entre muchos otros.<sup>5</sup> Por el otro, las posturas *funcionalistas* ponen el acento en la capacidad de desarrollar ciertas funciones propias del ser humano, de manera tal que al aspecto estrictamente biológico le suman una cualidad moral. El reconocimiento de la personalidad, a su vez, depende de diversos factores según la teoría moral subyacente, como, por ejemplo, el reconocimiento por parte de otros (Susan Sherwin<sup>6</sup>), del sentido atribuido en una comunidad lingüística (Osvaldo Guariglia<sup>7</sup>), la capacidad de sentir dolor o placer (utilitarismo clásico), la posibilidad de ser sujeto de afecto

---

<sup>1</sup> Ver Busdygan, Daniel. (2013). *Sobre la despenalización del aborto*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.

<sup>2</sup> Ver Farrel, Martín. (1993). *La ética del aborto y la eutanasia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

<sup>3</sup> Ver Valdés, Margarita (1996). “El problema del aborto: tres enfoques”. *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid: Trotta, pp. 241-258.

<sup>4</sup> Ver Warren, Mary Anne (1995). “Sobre el status moral y legal del aborto”. Luna, F., Salles, A. (eds.). *Decisiones de vida y muerte*. Buenos Aires: Sudamericana, pp. 186-204.

<sup>5</sup> Ver Thomson, Judith Jarvis (1971). “A Defense of Abortion”. Rachels, J. (ed.). *Moral Problems*. Nueva York: Harper and Row.

<sup>6</sup> Sherwin, Susan. (1992). “Abortion and Embodiment”. *Australasian Journal of Philosophy*. N° 70

<sup>7</sup> Ver Guariglia, Osvaldo. (1996). *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica

por otros (Margarita Valdes<sup>8</sup>), etc. Este criterio ha sido criticado por diversos autores, como Michael Tooley<sup>9</sup> y Evandro Agazzi<sup>10</sup>, entre otros.

En el marco de este panorama, de por sí complejo, cabe agregar otra cuestión. A veces, cuando se pretende manifestar que algo o alguien merece ser protegido por el hecho de ser persona, la preocupación se traslada desde el plano *descriptivo* hacia el *prescriptivo*. La cuestión, en definitiva, es que, si algo o alguien es una persona, entonces debe recibir un trato especial. De esta manera, cuando decimos “x es persona”, podemos estar haciendo mención a que un ser sintiente, un portador de ADN humano, un ser autónomo, etc. pertenece a la clase natural “persona” simplemente (aspecto descriptivo), o podemos estar diciendo lo mismo y, además, *implicando* que por ser tal no puede avasallarse su integridad y dignidad (aspecto descriptivo *más* aspecto prescriptivo). Esta combinación de los aspectos descriptivo y prescriptivo es propia de ámbitos disciplinares como el derecho y la moral.<sup>11</sup>

El problema de la indeterminación semántica del concepto de persona que se da, en primer término, a nivel filosófico, repercute, entonces, en el ámbito del derecho. En el contexto de los estudios jurídicos, la persona puede ser definida desde la perspectiva normativa (Hans Kelsen<sup>12</sup>) o desde una mirada más amplia y sustancialista que, por ejemplo, afirma la preexistencia de una “sustancia” previa al centro de imputación normativa (Javier Hervada<sup>13</sup>). La cuestión se complejiza todavía más cuando se toman en consideración posturas provenientes del ámbito filosófico-político, como es el caso de las obras de John

---

<sup>8</sup> Ver Valdés, *Op. Cit.*

<sup>9</sup> Ver Tooley, Michael (1992). “Aborto e infanticidio”. *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*. Madrid: Ediciones Cátedra, pp. 69-107

<sup>10</sup> Ver Agazzi, Evandro (2007). “El estatus ontológico y ético del embrión”. González, J., (comp.). *Dilemas de bioética*. México: Fondo de Cultura Económica, pp.109-133.

<sup>11</sup> Ver Morales Zúñiga, Héctor (2015). “Estatus moral y el concepto de persona”. *Problemas actuales de la filosofía jurídica*. Santiago: Librotecnia.

<sup>12</sup> Cfr. Kelsen, Hans (1934/1982). *Teoría Pura del Derecho*. Roberto Vernengo (trad.) Traducción de la segunda edición en alemán. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>13</sup> Ver Hervada, Javier. (2001). *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra; EUNSA; Hervada, Javier (2008). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra; EUNSA; Hervada, Javier (2012) *Temas de Filosofía del Derecho*. Pamplona: Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra; EUNSA.

Rawls<sup>14</sup> o de Carlos Nino<sup>15</sup>, que desarrollan posiciones metaéticas constructivistas. En cuanto a los efectos prácticos derivados de las diferentes posturas, pueden mencionarse, solo a título enunciativo, la consideración del estatus de sujetos de derecho de los animales no humanos, de los robots con inteligencia artificial o de las personas ideales, morales o jurídicas, pero también la toma de postura y la regulación sobre el inicio y el fin de la vida humana (como ejemplo: ¿Son los embriones humanos personas? ¿Es legítimo el aborto, especialmente en los primeros meses de gestación? ¿Es legítima la eutanasia? ¿Es el duelo un acto intrínsecamente inmoral? ¿Es la pena de muerte una sanción legítima?).

Al margen de las disputas relativas al campo semántico del concepto de persona y sus efectos prácticos, existe un amplio consenso (aunque, por cierto, no unanimidad) respecto de una característica distintiva de esta noción: la autonomía, libertad o propiedad de sí de la persona. Esta nota es particularmente relevante, sobre todo a la hora de caracterizar la relación entre individuo y Estado en el marco de las relaciones políticas y de la justificación moral de ciertas regulaciones jurídicas.

En el contexto de esta problemática, esta tesis se focaliza en un tipo de obligación jurídica particular, a saber: aquellas que el Estado, a través del ejercicio de su autoridad, crea para evitar que un individuo se dañe a sí mismo. En efecto, el Estado irrumpe en la esfera de libertad/autonomía/propiedad de sí de un sujeto, no solo para evitar que dañe a terceros o para obtener resultados socialmente considerados valiosos (como podría ser, por ejemplo, una medida tomada con un fundamento utilitarista) o para fomentar un curso de acción virtuoso (como propugnaría el perfeccionismo), sino para evitar que las personas se dañen a sí mismas. En definitiva, el derecho incluye obligaciones jurídicas con un claro contenido paternalista.

Como puede apreciarse, aquí interesa en particular abordar el problema que se genera en relación con la tensión entre la legitimidad ética del

---

<sup>14</sup> Ver Rawls, John (1997) *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica; Rawls, John (2002). *Justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós Ibérica; Rawls, John (2004). *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica.

<sup>15</sup> Ver Nino, Carlos Santiago (1989). *Ética y Derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2º ed. Bs. As.: Astrea.

paternalismo jurídico y la autonomía que caracteriza a la persona. En definitiva, la pregunta que nos interesa investigar es la siguiente: ¿Existe alguna forma de fundamentar éticamente el paternalismo jurídico? En particular: ¿existe una justificación moral apropiada del paternalismo jurídico que deje incólume a la persona como ser libre/autónomo/propietario de sí?

En esta tesis se sostendrán respuestas negativas a los interrogantes anteriores. De acuerdo con la postura liberal, cualquier intento de justificación ética del paternalismo jurídico conlleva el reconocimiento de ciertos perjuicios (en todo caso, la discusión se desviará hacia la ponderación de los daños que se evitan y que se realizan y los criterios para tal ponderación). Desde esta perspectiva, la legitimación ética del paternalismo jurídico, paradójicamente, conlleva también su deslegitimación. Mientras más se justifica éticamente el paternalismo jurídico (por la protección de la persona al prevenir un daño autorreferencial), más desaparece otro aspecto de la misma justificación al causar un daño (por la reducción de la libertad o autonomía personal).

En este marco, la hipótesis de este trabajo es que existe una paradoja insoslayable en el paternalismo jurídico: aquello que pareciera justificarlo desde el punto de vista ético, en realidad, socava su mismo fundamento, en cuanto el paternalismo jurídico procura, a partir de prohibiciones, permisiones y obligaciones normativas, tutelar a las personas para que no se dañen a sí mismas. De esta manera, el proyecto de mantener incólume a la persona implica un daño a la misma persona porque afecta su libertad individual.

Si bien, en principio, el problema a estudiar puede parecer relativamente obvio, en la literatura especializada no ha sido un foco central, especialmente en lo que implica respecto de la tensión lógica entre el concepto de persona y su fundamento moral. La literatura sobre paternalismo jurídico, por su parte, se concentra en sus efectos, especialmente en la cuestión acerca de hasta dónde es legítima su extensión: cuánto se menoscaba la autonomía personal, cuánto se habilita al Estado a tomar decisiones por los sujetos, hasta dónde el Estado sabe mejor que los propios individuos lo que es mejor/menos malo para ellos que ellos mismos, cómo debe ser el consentimiento, si puede alguien dañarse a sí mismo, qué tipos de incompetencias habilitan el trato paternalista en clave jurídica, entre otros problemas. Sin embargo, no se suele plantear que el

fundamento mismo del paternalismo jurídico, simultánea y paradójicamente, erosiona a la persona, al menos desde una mirada liberal.

Conforme con lo dicho, la legitimidad ética del paternalismo jurídico enfrenta un problema cuasi irresoluble. Como tal, no puede resolverse, pero, al menos desde una perspectiva optimista, podemos decir que el principal aporte de nuestra discusión radica en la carga argumentativa que debe acompañar la toma de decisiones de la autoridad política en el marco de un Estado de Derecho.

## **2. Enfoque teórico**

El enfoque teórico que enarbola la libertad/autonomía/propiedad de sí como una característica necesaria del concepto de persona es propio de las teorías políticas de corte liberal. No obstante, a efectos de problematizar la relación entre la persona y el Estado y, especialmente, la justificación ética del paternalismo jurídico, resulta necesario recurrir a la noción del Estado Social de Derecho, esto es, de una autoridad política democrática que coordina las acciones individuales a partir de una intervención en la vida política y económica de la sociedad con miras a la tutela de quienes pueden resultar perjudicados en dicho esquema cooperativo. Como puede apreciarse, esta idea, si bien no elimina la libertad/autonomía/propiedad de sí, la modera, por así decir, en tanto y en cuanto permite la imposición obligatoria de ciertos cursos de acción con miras al bienestar o, al menos, al “no malestar” de los propios ciudadanos. Precisamente, la discusión de la legitimidad de estas medidas y, eventualmente, de cómo se canalizaría el consentimiento individual que permitiría justificarlas, es un punto central que se estudia en el capítulo 2 de este trabajo.

### **2.1. La preeminencia del sujeto de derechos y el “individualismo posesivo”**

La visión del individuo y sus implicancias jurídicas y políticas ha variado a lo largo de la historia de las ideas morales y políticas. En este apartado se pretende abordar la concepción liberal del individuo en el contexto de la Modernidad para destacar, en primer lugar, la existencia de una concepción antropológica subyacente a ella y, en segundo término, que dicho supuesto fundamenta que el individuo liberal sea un sujeto de derechos, es decir, que se constituya en

el centro de la escena jurídica y una suerte de “individualismo posesivo” que coloca al hombre en la base del sistema político. Cabe destacar que el vocabulario del individualismo posesivo y de una conformación mercantil de la sociedad proviene de Macpherson, tal como se expone a continuación.<sup>16</sup>

### **2.1.1. El individuo racional y libre**

Es un lugar común la caracterización del liberalismo como una escuela filosófica, económica y política de ideología “individualista”. Esta afirmación, si bien es en buena medida acertada, resulta de gran amplitud y puede dar lugar a interpretaciones incorrectas. En este sentido, es relevante destacar que esta concepción pone al individuo en el centro de la escena, confía en su razón, libertad y autonomía. Detrás de este panorama subyace una suerte de posición antropológica o, al menos, un tipo de visión acerca de cómo es el ser humano y, en particular, cuál es su naturaleza.

El liberalismo surge en el siglo XVII. Para esta escuela, como se dijo antes, los individuos se encuentran en el centro de la escena y, por lo tanto, la sociedad es un mero agregado de individuos. El liberalismo moderno propone que el individuo no es sociable por naturaleza, busca su propio bienestar y, si escoge vivir en sociedad, es tan solo porque 1) así lo ha decidido y 2) es beneficioso para él. El hombre es un sujeto de derechos naturales que le son inherentes y previos al Estado. Estos derechos, además, son irrenunciables y necesarios para la vida en sociedad. Por este motivo, el Estado como tal y, en particular, la legislación, deben estar *al servicio* del individuo. La sociedad, el espacio colectivo y el político son resultado de decisiones individuales motivadas en intereses egoístas<sup>17</sup>.

El liberalismo presenta una concepción del individuo según la cual este es un ser que precede lógicamente a la sociedad y que no le debe nada a esta. Es, además, un sujeto racional, que actúa sobre la base de sus intereses,

---

<sup>16</sup> Ver Macpherson, Crawford Brough (2005). *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Madrid: Trotta.

<sup>17</sup> Cfr. Giménez Pérez, Felipe (2009). “Liberalismo”. En Román Reyes (Dir): *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*. Ed. Plaza y Valdés, Madrid-México.

preferencias y fines. El individuo está motivado en su comportamiento y elecciones por la voluntad de satisfacer sus deseos e intereses mediante un cálculo racional de beneficios o utilidades<sup>18</sup>.

El terreno para el desarrollo de la concepción liberal del individuo como un ser esencialmente libre, independiente y plenamente racional se inicia con la ruptura que tiene lugar en la Modernidad con relación al Medioevo y la Antigüedad. El hombre deja de ser un animal político por naturaleza, como pregonara Aristóteles<sup>19</sup> o una parte que cumple una función determinada en el marco de una suerte de macro-hombre, al estilo platónico<sup>20</sup>, o que debe buscar el bien común, como establece Santo Tomás de Aquino<sup>21</sup> (por mencionar solo algunos ejemplos), para convertirse en un sujeto libre que vive en un estado previo a cualquier tipo de instituciones y que opta por asociarse a efectos de satisfacer sus deseos e intereses. Por supuesto, esta ruptura no fue inmediata ni drástica, sino que se dio en el marco de un clima de época que paulatinamente permitió el surgimiento de esta visión<sup>22</sup>. No obstante, no fue sino hasta el siglo XVII que surgió con claridad la concepción liberal del individuo.

---

<sup>18</sup> Cfr. Quesada, Fernando (2008). *Ciudad y ciudadanía: senderos contemporáneos de la filosofía política*. Madrid: Trotta.

<sup>19</sup> Dice Aristóteles: “ἡ δ’ αὐτάρκεια καὶ τέλος καὶ βέλτιστον. ἐκ τούτων οὖν φανερόν ὅτι τῶν φύσει ἡ πόλις ἐστὶ καὶ ὅτι ὁ ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῷον” (Aristot. Pol. 1.1253a1). “From these things therefore it is clear that the city-state is a natural growth, and that man is by nature a political animal”. La cita en griego es tomada de Aristotle. *Aristotle's Politics*. Ross, W.D. (ed.). Oxford: Clarendon Press, 1957. Publicado por Perseus Project. La traducción en inglés pertenece a Aristotle. *Aristotle in 23 Volumes*, Vol. 21, H. Rackham (trad.). Cambridge: Harvard University Press; Londres: William Heinemann Ltd., 1944. Publicado por Perseus Project con la colaboración de The Annenberg CPB/Project. La traducción al español consultada es Aristóteles. *Política*. García Valdés, Manuela (ed.). Madrid: Gredos, 1988, p. 50.

<sup>20</sup> Esta idea se puede ver claramente en *La República* de Platón en la cual se establece que cada sujeto posee una virtud (sabiduría, templanza o valentía) conforme la cual debe cumplir un rol en el Estado (gobernante, artesano/agricultor o soldado) y, de esa manera, sus acciones son justas. El filósofo griego compara al Estado con un hombre y las partes de su cuerpo: los gobernantes, sabios, son la cabeza; los soldados, portadores de la valentía, representan el pecho y los artesanos/campesinos son las extremidades.

<sup>21</sup> Santo Tomás retoma la clasificación de la justicia de Aristóteles y agrega la justicia legal o general, reguladora de las conductas entre los miembros y la comunidad. Esta incorporación es relevante en cuanto en el carácter intersubjetivo de la justicia se coordina a los hombres en vista del bien común. En la concepción tomista, el bien común es la causa final misma del Derecho. Cfr. Fassò, Guido (1982). *Historia de la Filosofía del Derecho*. Tomo I. España: Ediciones Pirámide, Ferrater Mora, José (1999/2004). “Justicia”. *Diccionario de Filosofía*. Tomo II. 7° reimp. Barcelona: Ed. Ariel, p. 1981 y Vigo, Rodolfo Luis (1992). “Aspectos polémicos en la obra de Michel Villey” en AA.VV. *Persona y Derecho*. Vol. 27. Pamplona: Universidad de Navarra.

<sup>22</sup> Como se menciona más adelante, se puede encontrar un antecedente importante en Hobbes, un autor absolutista, puesto que sienta las bases para pensar un individuo egoísta y que se embarca en un contrato fundacional del Estado para obtener seguridad y relacionarse con los demás sujetos.

Desde esa centuria, la concepción moderna del individuo posee una importancia esencial en la justificación moral del Estado y de otras asociaciones políticas, ya que pone a la razón y a la libertad de los sujetos en un primer plano, especialmente a partir de la figura del contrato/pacto. Los ejemplos paradigmáticos del “contractualismo” moderno son, sin dudas, Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau, filósofos políticos que intentan justificar el poder de los soberanos sobre la base de un acuerdo realizado entre individuos libres e iguales y portadores naturales de derechos que cohabitan en un estado de naturaleza.

La novedad en relación con la concepción de la *polis* griega o la *civitas* romana radica en que los individuos, ahora, devienen ciudadanos de un Estado por su propio y libre consentimiento y, por supuesto, gracias a un cálculo de los beneficios que pueden obtener de esa asociación. De esta manera, el Estado moderno es concebido no como algo natural sino como una creación humana para cumplir ciertos fines; en definitiva, es medio para un fin<sup>23</sup>.

De esta manera, en la Modernidad el acento es puesto en la razón de los individuos, en su libertad e igualdad. Los sujetos son seres racionales y capaces de elegir por su propia cuenta<sup>24</sup>.

### **2.1.2. El sujeto de derechos y la propiedad de sí**

Como destacamos más arriba, la concepción democrático-liberal del individuo posee la característica distintiva de “posesiva” sobre la base de la consideración

---

<sup>23</sup> Cfr. Fassò, *Op. Cit.*, Tomo II; y Macpherson, Crawford Brough (2005). *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Madrid: Trotta.

<sup>24</sup> Esta idea no se ha congelado en dicha etapa histórica, sino que se ha trasladado, con algunas adaptaciones mediante, a los tiempos actuales y ha brindado diferentes modelos epistémicos acerca de cómo actúan los individuos. La concepción liberal del individuo en el ámbito económico, concibe al sujeto como un ser plenamente racional que motiva sus acciones a partir de la voluntad de satisfacer sus deseos e intereses mediante cálculos racionales de costos y beneficios. Esta suerte de *homo economicus* actúa por interés personal, “calcula y pondera sus decisiones con entera racionalidad para alcanzar el mayor beneficio (...) es movido por su egoísmo y busca su personal prosperidad” (Borja, Rodrigo (s/d). “Homo oeconomicus”. *Enciclopedia de la política*. Disponible en <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=h&idind=769&termino=>. Consultado el 20/01/2016). Esto requiere que este individuo cuente con toda la información relevante para tomar su decisión y que, por supuesto, pueda procesarla para ordenar sus preferencias, calcular los costos y beneficios, evaluar alternativas y tomar la decisión (Cfr. Simon, Herbert (1955). “A Behavioral Model of Rational Choice”. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), pp. 99-118).

del sujeto como esencialmente propietario de su propia persona o de sus capacidades, sin deberle nada a la sociedad por ellas.

La relación de propiedad del sujeto consigo mismo, que le es inherente por naturaleza, resulta clave para comprender la libertad humana y, consecuentemente, la posibilidad de realizar las potencialidades del sujeto en el marco de la sociedad política. El individuo es tan libre como propietario de su propia persona y de sus capacidades. La sociedad es una unión de individuos libres e iguales que se vinculan como propietarios de sí y de lo que han adquirido mediante el ejercicio de dicha propiedad. La sociedad política, en estos términos, es una construcción humana, es decir, artificial<sup>25</sup>.

Comenta Francesco Viola<sup>26</sup> que la concepción jurídica moderna de la persona —como una conceptualización jurídica del individuo<sup>27</sup>— se destaca respecto de la antigua por poner en primer lugar la subjetividad. Precisamente, en el pensamiento de griegos y romanos, el equilibrio regulativo surgía de la naturaleza de las cosas y, por lo tanto, la realización de una acción justa consistía en dar a cada uno lo suyo conforme a la medición de una equivalencia de bienes, ya sea en un contrato o por el deber de restablecer el orden perturbado por un hecho ilícito<sup>28</sup>.

¿Cómo se llega en la Modernidad a considerar que la persona es un “sujeto de derecho”? Para Grocio, el derecho no es más una cosa justa, sino una facultad o cualidad moral. De esta manera, el derecho se desplaza de la naturaleza al sujeto. El derecho se convierte en una potestad de la persona en

---

<sup>25</sup> Cfr. Macpherson, *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>26</sup> Cfr. Viola, Francesco (2015). “El estatuto jurídico de la persona”. *Derecho y cambio social*. N° 40 Año XII, 2015. Lima, Perú; pp. 6-8.

<sup>27</sup> En el Derecho, el concepto de persona hace referencia a un centro de imputación de derechos y obligaciones.

<sup>28</sup> Un ejemplo claro de ello se puede encontrar en las *Institutas de Justiniano*, en el Libro I, Título I, llamado “De la Justicia y el Derecho” (“De Iustitia et Iure”), donde se explica que “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*” “Justicia es la constante y firme voluntad que da a cada uno su derecho” (Justiniano. *Cuerpo del Derecho Romano. TI. Instituta. Digesto*. Traducción y compilación de Ildelfonso García Corral (1889). Barcelona: Jaime Molinas Editor). En las líneas siguientes, el texto romano señala la necesidad de explicar con claridad cada cosa y realiza consideraciones acerca del derecho. El derecho, por su parte, sería aquello que a cada uno le corresponde y que debe ser dado o respetado por los demás. Asimismo, esta disposición recuerda a la célebre frase de Ulpiano: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere.*” (“La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”). En Bentancourt, Fernando (1995/2007). *Derecho Romano Clásico*. 3° edición. Sevilla: Universidad de Sevilla, pp. 143.

sus relaciones con las cosas y con otros sujetos. Esta relación puede consistir en un poder sobre sí mismo (*potestas in se*, es decir, la libertad) o en un poder sobre otros (*potestas in alio*, como por ej. la patria potestad) o en un poder sobre las cosas (*potestas in res*, por ejemplo, la propiedad sobre objetos externos)<sup>29</sup>.

Para Viola, esta consideración acerca del individuo como aquel que posee una potestad en su relación con los demás sujetos y cosas implica la *equiparación* entre libertad y propiedad. El tipo de relación, en la una como la otra, es idéntica en tanto se trata de una relación de dominación. Ser libre significa tener el señorío de los propios actos. La apropiación de las cosas es expansión de la libertad<sup>30</sup>.

En el marco de este espectro de relaciones entre sujetos y cosas, la persona se coloca como independiente de los otros y como superior respecto de los objetos externos. A partir de esa independencia de la persona y la equiparación entre las autonomías de los individuos surge la idea moderna de la igualdad entre los sujetos concebidos como centros de poder<sup>31</sup>.

De la estructura antropológica de la subjetividad se “deducen” los derechos naturales. Esta estructura es pensada a la luz de la fusión entre libertad y propiedad. Como se ha dicho antes, en el individuo moderno, la relación inmanente en la persona no es interpersonal necesariamente sino solo dominativa; es la relación entre un sujeto y un objeto. Pero, a medida que la relación intersubjetiva es necesaria para la vida social y política, se torna necesario generar algún tipo de asociación, no ya por naturaleza sino por convención fundada en una decisión racional. Esta es la razón subyacente del contractualismo como una teoría de la legitimación de la autoridad política respecto de los individuos separados y por naturaleza, al menos potencialmente, en conflicto.

### **2.1.3. El individualismo posesivo**

---

<sup>29</sup> Cfr. Viola. *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>30</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>31</sup> Cfr. *Idem*, p. 10.

Macpherson señala que los supuestos del individualismo posesivo se resumen en las siguientes siete proposiciones<sup>32</sup>:

- 1) los hombres son libres e independientes de las voluntades ajenas;
- 2) la libertad de la dependencia ajena implica que no existe ninguna obligación de relacionarse con otros y que, por lo tanto, toda asociación debe ser elegida por el individuo a raíz de su propio interés;
- 3) el individuo es el propietario de su propia persona. No debe nada a la sociedad por sus capacidades;
- 4) el individuo no puede enajenar toda su propiedad sobre su propia persona (no podría venderse como esclavo), pero sí su capacidad para trabajar. Esto es lo que justifica, por ejemplo, el derecho a votar;
- 5) la sociedad consiste en relaciones mercantiles, esto es, en una serie de intercambios de capacidades de trabajo;
- 6) dado que lo que hace humano a un hombre es la libertad de las voluntades ajenas, la libertad de cada individuo solo se puede limitar justamente por unas obligaciones y reglas tales que sean necesarias para garantizar la misma libertad a los demás;
- 7) la sociedad política es una invención humana para la protección de la propiedad que el individuo tiene sobre su propia persona y sobre sus bienes y, por lo tanto, para el mantenimiento de relaciones de cambio debidamente ordenadas entre individuos considerados como propietarios de sí mismos.

El antecedente más claro de esta concepción puede ser encontrado en el pensamiento de Thomas Hobbes, aun cuando este filósofo es considerado el más representativo de las teorías absolutistas; de hecho, en su pensamiento es posible hallar algunos puntos de coincidencia con el liberalismo que posteriormente desarrollará Locke. Para Hobbes, la base del Estado se

---

<sup>32</sup> Como se mencionó anteriormente, el análisis sobre las ideas de los filósofos modernos sobre el individualismo posesivo se puede encontrar en la obra de Mcpherson. En particular, el listado que aquí se trae a colación se puede deducir de Macpherson. *Op. Cit.*, pp. 257-259.

encuentra en el contrato que efectúan los hombres racionalmente por temor a los otros individuos. El hombre es egoísta por naturaleza, lo que lo lleva a constituirse en una amenaza para los demás; el hombre es el lobo del hombre.<sup>33</sup> Macpherson señala que el modelo de sociedad hobbesiano se sigue de su visión del hombre cuyos poderes se oponen a los de todos los demás. De esta manera, se encuentra allí lo que caracteriza como un “mercado posesivo pleno”. La sociedad política, entonces, es necesaria a partir de estos postulados es una invención artificial para brindar seguridad para el ejercicio de las capacidades individuales. “Para Hobbes, el modelo del individuo posesivo, con apetitos, que se mueve por sí mismo, y el modelo de la sociedad como una serie de relaciones mercantiles entre estos individuos, constituían una fuente suficiente de la obligación política”<sup>34</sup>.

Tras hacer un salto temporal, podemos decir que, en la visión de John Locke, los individuos son iguales en su libertad de la autoridad ajena por naturaleza.<sup>35</sup> La libertad propia de la esencia humana, en estos términos, implica sujeción únicamente de aquellas relaciones en las que el sujeto ingresa por su propio interés y voluntad. La sociedad, entonces, cumple la función de ser el marco de intercambio por el cual los individuos aceptan enajenar parte de su propiedad en pos de alcanzar alguna ventaja<sup>36</sup>.

El contexto antedicho, o sea, el de una sociedad posesiva de mercado, es la condición necesaria para explicar la vinculación de los individuos a un órgano soberano que no se perpetúa a sí mismo. La existencia de una cohesión de intereses egoístas entre aquellos que tienen voto para elegir el gobierno otorga legitimidad al Estado y explica la razón de la sumisión de los individuos a la autoridad política<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Las dos obras más relevantes en relación con este tema son Hobbes, Thomas (1651). *Leviathan*. Carlos Mellizo (traductor). Gredos/RBA, 2015 y Hobbes, Thomas (1642). *De Cive*. Carlos Mellizo (traductor). Alianza, 2016.

<sup>34</sup> Cfr. Macpherson. *Op. Cit.*, p. 259.

<sup>35</sup> Cfr. Locke, John (1689). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Carlos Mellizo (traductor). Alianza, 2014.

<sup>36</sup> Cfr. Macpherson. *Op. Cit.*, p. 262.

<sup>37</sup> Cfr. *Idem*, p. 266.

#### **2.1.4. Síntesis**

Lo expuesto en los apartados anteriores ha pretendido señalar, en primer lugar, cuál es la concepción antropológica del individuo que subyace al modelo del liberalismo y, en segundo término, cómo dicha concepción funda la subjetividad jurídica (el ser humano como portador de derechos naturales) y la legitimidad del Estado a partir de una relación de naturaleza contractual.

Como se ha mencionado, a diferencia de la visión de la Antigüedad y de la Edad Media, se confía en que el individuo no es sociable por naturaleza y nada le debe a la comunidad política. Antes bien, el hombre es un ser racional y libre por naturaleza, posee derechos naturales previos al Estado y es egoísta, lo que lo lleva a buscar su propio beneficio y a satisfacer sus intereses. Si cohabita de manera organizada o asociada con otros individuos es únicamente porque lo considera ventajoso y, en definitiva, porque decide hacerlo.

A partir de esas características se puede notar que el individuo, si no debe nada a la sociedad, sí es dueño de sus propias capacidades y, además, si es portador de derechos naturales que le son inherentes, se define por una relación de propiedad/posesión sobre sí mismo y sobre las cosas. Si resigna alguno de sus derechos frente a otros sujetos, es porque decide hacerlo libremente. Además, en tanto el individuo es egoísta y busca su propio beneficio, si ha de resignar algo ha de ser porque obtiene algo a cambio que considera ventajoso. De esta manera, se produce un intercambio, una suerte de relación mercantil, en el cual el sujeto enajena parte de su propiedad (ya sea sobre sí o sobre las cosas) para satisfacer un interés propio.

#### **2.2. El paternalismo jurídico. Breve presentación**

El paternalismo es un tópico ampliamente abordado en la filosofía política. Entre los autores clásicos que se interesan por esta cuestión están John Locke y John Stuart Mill y, en la discusión filosófico-política contemporánea, John Rawls<sup>38</sup>,

---

<sup>38</sup> Si bien Rawls no plantea el paternalismo como tema central de su teoría de la justicia, aparece una referencia indirecta al tema cuando establece que, en la posición original, los individuos, ante la posibilidad de caer en posiciones desaventajadas por diferentes cuestiones, preferirían aceptar determinados principios de justicia, entre ellos, el de la diferencia. Asimismo, el tópico aparece al defender la preminencia del

entre muchos otros. Si bien ha despertado menos preocupaciones, este tema también ha sido tratado en la filosofía del derecho actual.

Uno de los autores pioneros en el tratamiento del paternalismo como tópico concerniente a la discusión filosófico-jurídica es Herbert L.A. Hart. Este jurista distinguió el problema del paternalismo jurídico del problema paralelo del perfeccionismo. Resulta interesante destacar que, mientras Hart criticó fuertemente al perfeccionismo, consideró aceptable al paternalismo jurídico. Asimismo, Hart cuestionó el postulado de Mill de que nadie conoce mejor sus propios intereses que el propio individuo, al señalar en cambio que, en realidad, las decisiones individuales a veces se toman sin demasiada reflexión, por deseos transitorios, por circunstancias que oscurecen el juicio, etc.<sup>39</sup>

Cabe destacar por su trascendencia, asimismo, la obra de Gerald Dworkin, quien cuestiona la tradición anti-paternalista de corte liberal al observar que gran parte de las regulaciones jurídicas, a pesar de ser paternalistas (y, desde su visión, que no procuran evitar un mal sino producir un bien) son ampliamente aceptadas por la sociedad. De acuerdo con Dworkin, este fenómeno abriría la puerta para considerar la existencia de casos éticamente justificados de paternalismo jurídico. Dworkin, además, distingue entre medidas paternalistas que recaerían sobre individuos competentes de aquellas que recaerían sobre sujetos incompetentes. Respecto de la legitimidad de las primeras, pareciera manifestarse en contra, mientras que sí se posiciona a favor de las segundas.<sup>40</sup>

Otro filósofo que se ocupó de esta cuestión es Joel Feinberg, quien analiza la legitimidad del sistema penal y los límites de la coacción estatal desde una perspectiva liberal. De acuerdo con él, los problemas que surgen en este contexto son genuinos y difíciles, por lo que pareciera enfocarse en el desarrollo de argumentos a partir de una dinámica más bien tópica, esto es, que toma como

---

principio de la libertad por sobre los demás. Ver Rawls, *Teoría de la Justicia; Justicia como equidad: una reformulación y El liberalismo político*.

<sup>39</sup> Ver Hart, Herbert L.A. (1963/1968). *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press Paperback

<sup>40</sup> Ver Dworkin, Gerald (1983). "Paternalism". Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 19-34; Dworkin, Gerald (1995). *The Theory and Practice of Autonomy*. Nueva York: Cambridge University Press.

punto de partida problemas sociales específicos. Por otro lado, Feinberg retoma la cuestión, ya postulada por Mill, concerniente a la utilización de los conceptos de daño y ofensa como piedras de toque para la justificación moral de la legislación penal y destaca que, desde la perspectiva liberal, solo se puede reconocer al concepto de daño como relevante para la justificación moral de instituciones coercitivas.<sup>41</sup>

Ernesto Garzón Valdés también ha mencionado que la justificación ética del paternalismo jurídico debe ser replanteada y repensada a la luz del Estado Social de Derecho, especialmente frente a los embates del neoconservadurismo (especialmente, la obra de Robert Nozick). En el debate que desarrolla con varios filósofos y juristas, sostiene que el paternalismo jurídico se justificaría en clave ética solo cuando se aplica a personas incompetentes, se realiza para evitar un daño al mismo sujeto sobre el que recae la medida, y quien la efectúa se sitúa en una posición de superioridad. Una de las cuestiones más interesantes que surgen de su posición es cómo se manifiesta el consentimiento por parte del sujeto afectado, ya que parte del presupuesto de que, al momento de tomarse una medida paternalista, el consentimiento podría ser hipotético antes que real (según Garzón Valdés, el test relevante es que el sujeto aceptaría la medida en caso de que tuviera las competencias básicas que, en realidad, no tiene).<sup>42</sup>

El análisis detallado de la concepción de los autores mencionados en relación con el tema que concierne a esta tesis va a ser desarrollado en los capítulos que continúan.

### 3. Objetivos y estructura

---

<sup>41</sup> Ver Feinberg, Joel. (1983). "Legal Paternalism". Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 3-18; Feinberg, Joel. (1980). "The Idea of a Free Man". *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty (Essays in Social Philosophy)*. Nueva Jersey. Princeton University Press; Feinberg, Joel. (1986). *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press.

<sup>42</sup> Ver Garzón Valdés, Ernesto. (1988). "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 155-173; Garzón Valdés, Ernesto. (1988) "Sigamos discutiendo sobre el paternalismo". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 215-219; Garzón Valdés, Ernesto. (1993). "Intervencionismo y paternalismo". Garzón Valdés, E. *Derecho, ética y política*, Madrid: CEC; pp. 379-399; Garzón Valdés, Ernesto. (2006). "¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?" Bulygin, Eugenio. *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.

## **-Objetivo general**

El objetivo general de esta tesis es dar cuenta del problema de la justificación ética del paternalismo jurídico a la luz de la necesidad de mantener incólume la libertad/autonomía/propiedad de sí de la persona.

## **-Objetivos específicos**

En el marco del objetivo principal antedicho, los objetivos específicos son:

1. Presentar la nota de libertad/autonomía/propiedad de sí del concepto de persona a la luz de las teorías liberales y mostrar cuáles son las relaciones de compatibilidad e incompatibilidad con medidas propias de un Estado Social de Derecho.
2. Reconstruir los argumentos por los cuales se considera éticamente justificable el paternalismo jurídico en el marco de un Estado Social de Derecho.
3. Exponer las dificultades que presentan los intentos de justificación ética del paternalismo jurídico cuando se la contrasta con la libertad/autonomía/propiedad de sí de la persona desde la teoría liberal y en el marco de un Estado Social de Derecho.

El capítulo 1 de esta tesis, titulado “El concepto jurídico de persona y la nota de autonomía”, se destina al cumplimiento del primero de estos objetivos específicos, mientras que el capítulo 2, titulado “El paternalismo jurídico y su justificación ética”, se aboca a los dos objetivos restantes.

Finalmente, cabe aclarar que en los próximos capítulos se presentan las posturas de algunos de los autores que se interesan por el problema del paternalismo jurídico. En particular, sobre la postura liberal, en esta Introducción se ha recurrido a la noción de propiedad de sí propuesta por Macpherson como una característica central y, en relación con el daño a sí mismo, se describe la de Mill y, sobre ella, se presentan algunas críticas. Lo mismo en relación con la distinción de Berlin respecto de la libertad negativa y la libertad positiva. En torno al debate sobre el perfeccionismo solo se trae a colación el debate entre Hart y

Devlin. En cuanto al paternalismo, se enfatizan las posiciones de tres autores (Dworkin, Feinberg y Garzón Valdés), aun cuando se incluyen referencias breves a otros. El hincapié que se realiza en estos pensadores, por supuesto, no pretende ignorar la multiplicidad de posturas y bibliografía existente sobre estos temas. Por otro lado, en el texto se procura trazar una imagen del paternalismo jurídico y de los debates en torno a él, aunque ello implique hacer abstracción de algunos detalles y etapas en el pensamiento de los autores mencionados. Lo anterior se debe simplemente a la necesidad de acotar la aproximación a estos temas sin perder el foco en el debate sobre la contradicción entre los dos extremos contrastados aquí. Entonces, en pos de simplificar algunas cuestiones, se ha efectuado una selección teórica y se ha restringido la consideración de posturas.

## CAPÍTULO 1

### EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA Y LA NOTA DE AUTONOMÍA

#### 1. Introducción

En Francia, en 1991, el Ministro del Interior publicó una circular que apuntaba a la regulación de espectáculos. Entre las medidas, se instaba a las autoridades competentes a prohibir la práctica de lanzamiento de enanos. En ese marco, en un municipio operó la respectiva proscripción. El Sr. Manuel Wackenheim, enano que se ganaba la vida como sujeto de lanzamiento, recurrió la decisión en diversas instancias judiciales, tanto nacionales como internacionales, en todos los casos sin mayor suerte. Wackenheim argumentaba que la normativa, a pesar de que decía proteger la dignidad humana, en realidad la violaba. En este sentido, mencionaba el efecto perjudicial que le había provocado la medida, en tanto ahora ya no podía trabajar. El Estado decidió que la práctica del lanzamiento de enanos atentaba contra ellos, aun cuando quisieran libremente ejercer este oficio<sup>43</sup>.

Si bien la cuestión es más compleja, ya que las decisiones judiciales en torno a esta situación también invocan la moral pública como fundamento<sup>44</sup>, el caso recién mencionado muestra que el Estado, en ocasiones, crea obligaciones o prohibiciones con el fin de proteger a los individuos contra actos que ellos mismos han escogido libremente y que únicamente podrían perjudicarlos a ellos. De esta manera, queda claro que estas obligaciones pueden ser decididas y aplicadas a pesar de la voluntad expresa de los propios afectados. Aún más, es el Estado el que decide cuál es el “mal menor” (en el caso de Wackenheim, el Estado parece mantener que es preferible el desempleo a ser lanzado por el aire). ¿Es legítima esta decisión? ¿Es relevante en algún aspecto la voluntad del

---

<sup>43</sup> Cfr. *Wackenheim v. France*, Comm. 854/1999, U.N. Doc. A/57/40, Vol. II, at 179 (HRC 2002). Disponible en [http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.07.15\\_Wackenheim\\_v\\_France.htm](http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.07.15_Wackenheim_v_France.htm)

<sup>44</sup> En este caso, se utilizan dos vías argumentativas: por un lado, es necesario proteger la dignidad del Sr. Wackenheim de los tratos indignos a los que él mismo se somete, y, por otro, es relevante cuidar la moral pública, es decir, que la sociedad no realice ni vea prácticas indignas. La primera vía es paternalista. La segunda, en cambio, es perfeccionista.

propio Wackenheim? ¿En qué medida la libertad de Wackenheim ha sido relegada en pos de la protección, aparente, de la dignidad del mismo sujeto? ¿De qué manera se contraponen las decisiones estatales y la autonomía individual?

Al margen de la anécdota comentada en los párrafos anteriores, este capítulo se concentra en describir el concepto de autonomía como nota de la persona y en destacar cómo ella entra en juego a la hora de pensar la legitimidad de las obligaciones políticas de los ciudadanos. En particular, en el texto se contraponen las disposiciones estatales que procuran generar un curso de acción que evita un daño no para la sociedad sino únicamente para un sujeto con aquellas que buscan generar un curso de acción que evita un daño para la sociedad toda.

Lo anterior apunta a que, si se discute el paternalismo jurídico y el dilema respecto del daño a la persona (ya sea porque se lesiona su autonomía o porque se permite que esta se autolesione), es necesario realizar primero una aproximación a la libertad, a la autonomía o a la propiedad de sí. En los próximos apartados presentaré diversas concepciones y perspectivas dentro de la postura liberal, de manera que puedan servir como marco conceptual de cara a los temas que se desarrollan en el capítulo 2.

El capítulo se estructura en siete apartados. Los dos primeros se presentan la temática desde la filosofía del derecho y se brindan algunos ejemplos propios del sistema legal argentino. Los cinco restantes se centran en autores específicos que han abordado la libertad y la autonomía como notas de la persona y el daño a sí mismo y el paternalismo jurídico como temáticas propias de la filosofía política: Mill, Berlin, Hart, Devlin, Dworkin y Feinberg.

## **2. Liberalismo, libertad y derecho**

La libertad constituye el bien más valioso para el liberalismo y esta premisa es el mínimo común denominador entre sus diferentes corrientes<sup>45</sup>. De acuerdo con el liberalismo, es a través del ejercicio de la libertad que los individuos pueden regir sus acciones de acuerdo con sus propias normas<sup>46</sup> y que, además, les permiten diseñar planes de vida conforme a sus propias escalas de valores y metas.<sup>47</sup>

Definir la propiedad de sí, la libertad y la autonomía individual no es una tarea sencilla y, de hecho, ha dado lugar a un sinfín de debates teóricos y prácticos. En tanto no es uno de los objetivos de esta investigación adentrarse en estas disquisiciones, en adelante se hará referencia únicamente a ciertos aspectos de la autonomía como nota del concepto jurídico de persona desde la perspectiva liberal.

Como se mencionó en la Introducción, el concepto jurídico de persona es sumamente complejo e indeterminado. Sin embargo, aparece de manera recurrente en tratados internacionales de derechos humanos, en constituciones nacionales y en las normativas estatales en relación con tres aspectos o notas características: la inviolabilidad, la dignidad y la autonomía<sup>48</sup>. Entre ellos, por

---

<sup>45</sup> Cfr. Gaus, Gerald, Courtland, Shane D. y Schmidtz, David (2018). "Liberalism". Zalta, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/liberalism/>. En este texto podemos encontrar una distinción entre el liberalismo clásico, el "nuevo" y las teorías liberales de la justicia social. También se hace referencia a una posible clasificación de corte más bien teórico y pedagógico que toma como ejes los aspectos metafísicos, políticos, axiológicos y éticos.

<sup>46</sup> La idea de las propias normas es, en muchos casos, como lo reconocen los propios autores que tratan este tema, una ficción. No todas las normas son elegidas explícitamente por el sujeto moral o jurídico, sino que, en muchos casos (la mayoría, de hecho) se trata de un consentimiento presunto a través de un ejercicio epistémico o a través de mecanismos políticos como la representación. Al respecto, ver Martí, José Luis (2006). *La república deliberativa*. Barcelona; Madrid: Marcial Pons y Linares, Sebastián (2017). *Democracia participativa epistémica*. Barcelona; Madrid; Buenos Aires; San Pablo: Marcial Pons. En estas obras, los autores defienden modelos de democracia deliberativa y, para ello, sintetizan distintas vertientes de la forma de toma de decisiones en el marco de los esquemas democráticos representativos.

<sup>47</sup> Cfr. Nino, Carlos Santiago (2013). "Los dilemas de la libertad". *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI; SADF, pp. 131-146.

<sup>48</sup> Una revisión de las respectivas menciones en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, de las constituciones nacionales y las legislaciones civiles en relación se puede encontrar en Lell, Helga (2018). "El concepto de persona humana en el sistema jurídico interamericano". *En Letra*. Año V, N° 10. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales; pp. 116-133. Allí podrá leerse una exposición sobre cómo las normativas internacionales y nacionales vinculan el concepto de persona con el de ser humano y, a partir de ello, con las notas intrínsecas de dignidad, autonomía e inviolabilidad.

ejemplo, el Código Civil y Comercial argentino señala que la persona humana es inviolable y que en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51) y, además, que no debe atentarse con el proyecto de vida de los individuos que se desprende de su autonomía (o, en otros términos, que quien daña el respectivo plan debe resarcir el respectivo daño) (art. 1738)<sup>49</sup>.

A su vez, estas tres nociones, dignidad, autonomía e inviolabilidad, son difíciles de definir con claridad y de manera no controversial. De manera sintética, podemos señalar que se aspira a que el ser humano, como individuo que vive en una sociedad organizada institucionalmente en un Estado, sea una unidad inviolable, es decir, que su integridad física, moral y psicológica se mantenga incólume<sup>50</sup>. En ese marco, existe un ámbito en el cual el Estado no tendría injerencia; si sobrepasara ciertos límites, entonces, se lesionaría al individuo. Por supuesto, determinar esas fronteras no es tarea fácil, pero existe cierto consenso respecto de que todo aquello en que la acción de un sujeto no afecte a terceros queda reservado al juicio del propio sujeto. Entonces, hay al menos un ámbito personal en que el pleno ejercicio de la autonomía debe ser garantizado.

En relación con lo antedicho, cabe mencionar, por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina que establece: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”<sup>51</sup>. Esta norma, que

---

<sup>49</sup> Ley nacional 26.994. Código Civil y Comercial. B.O. 8 de octubre de 2014. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>. Respecto del daño al proyecto de vida, la legislación argentina se aproximó a la doctrina postulada por el filósofo del derecho privado peruano Fernández Sessarego. Sobre la dimensión existencial que tiene este precepto desde aquella fuente, puede consultarse Fernández Sessarego, Carlos (2015). *Derecho y persona*. 5° ed. Buenos Aires: Astrea.

<sup>50</sup> Cfr. Santiago, Alfonso (2017). *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Marcial Pons.

<sup>51</sup> Constitución Nacional Argentina (reformada en 1994). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

encuentra su primer antecedente en la historia constitucional argentina en el Estatuto Provisional de 1815<sup>52</sup>, tendría un antecedente remoto en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia en 1789. En esta última, se señala que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás y que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre solo puede ser limitado mediante las leyes, de manera tal que los demás miembros de una sociedad también puedan gozar de los mismos derechos. Asimismo, se agrega que nada que no esté prohibido por las leyes puede ser impedido, ni nada que no sea legalmente obligatorio puede generar obligaciones —valga la redundancia—<sup>53</sup>.

El art. 19 de la Constitución Nacional argentina es conocido como el “principio de libertad” en tanto fija las bases para la legalidad en el ejercicio del poder estatal (la punición debe aplicarse solo en los supuestos de obligación de acción y dentro del marco fijado por la ley<sup>54</sup>) y para proteger la privacidad e intimidad de las personas<sup>55</sup>. Respecto de su interpretación, existen diferentes problemáticas que han sido objeto de debates doctrinarios y jurisprudenciales. Una de ellas versa sobre si se refiere a actos privados (aun cuando sean realizados en ámbitos públicos) o solo a actos realizados en la privacidad<sup>56</sup>. Otra, relacionada con la anterior, es si las excepciones a la no intromisión estatal apuntan a actos que perjudiquen a terceros y que por hacerlo sean ofensivos

---

<sup>52</sup> Sección VII, Cap. I, art. 1. Estatuto Provisional de 1815 en Galletti, A. Historia Constitucional Argentina. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 597-618.

<sup>53</sup> Arts. 4 y 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Francia, 26 de agosto de 1789. Disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>

<sup>54</sup> Cfr. Bobbio, Norberto (2005). “Legalidad”. Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco (dirs.). *Diccionario de política*. Vol. 2. 14° ed. México; Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 860-862.

<sup>55</sup> Respecto de cómo se ha invocado el artículo 19 para proteger la intimidad e identidad de las personas a la luz de la casuística, puede consultarse Chacón, Federico (2004). “El principio de identidad en la historia constitucional argentina”. *El Derecho*. Buenos Aires. 20 de febrero de 2004.

<sup>56</sup> Por ejemplo, Nino plantea que los actos que no afectan a terceros, aun cuando sean realizados en público, quedan exentos de toda intromisión estatal y que, por ello, la Constitución argentina presenta un diseño liberal desde sus mismas bases y no desde una construcción pretoriana. En contra de esta posición, podemos encontrar a Legarre, quien sostiene que, en general (admite excepciones), las acciones realizadas en público no son privadas. Al respecto ver Nino, Carlos Santiago (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, pp. 304-316 y Legarre, Santiago (1999). “Ensayo de delimitación de las acciones privadas de los hombres”. *La Ley* (1999-B).

para la moral y el orden públicos, o si, por el contrario, son tres supuestos distintos<sup>57</sup>. La tercera versa sobre una “doble cara” de este precepto: la protección de la intimidad, como esfera que contempla la posibilidad de ser dejado a solas<sup>58</sup>, y la privacidad como no interferencia.

El artículo 19, como principio de la libertad individual, con restricciones razonables ante la afectación de terceros, la moral pública y el orden, ha sido ampliamente discutido en relación con materias como la disposición de la propia vida, la libertad de expresión y la tenencia de estupefacientes para consumo personal, entre otras. Dado que no es objeto de esta tesis abordar dicha casuística, aquí no nos detendremos en ella.

En el contexto expuesto, Gelli destaca que el reconocimiento de la privacidad y de la legalidad como límites para la acción estatal implica la afirmación de la autonomía personal. No obstante, ello no necesariamente incluye una disposición implícita de neutralidad del Estado en materia de fines y medios relativos al orden, la moral pública y la prohibición de causar daños a terceros. En el Preámbulo de la Constitución se enuncia la libertad como un valor central. En concordancia con ello, el artículo 19 debería ser interpretado como apartado de filosofías paternalistas y perfeccionistas en materia de acciones privadas. Por el contrario, los fines tuitivos se mantienen en ámbitos del bien común.<sup>59</sup>

Si seguimos los lineamientos antedichos podremos notar que, al menos en el caso argentino, existe una combinación entre valores liberales, en lo que

---

<sup>57</sup> Gelli, por ejemplo, remarca la dificultad de distinguir hasta qué punto las acciones de los otros afectan nuestra vida sin contar con un parámetro valorativo (que, en ocasiones, es moral). Así, manifiesta que la problemática se traslada hacia la determinación de cómo definir de manera legítima y razonable a determinar qué daños a terceros habilitan la acción limitativa de las autoridades estatales. “En suma, [consiste] en instalar y circunscribir los conceptos de orden y moral pública” (Gelli, María Angélica (2009). “Comentario al artículo 19”. *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. 4ªed. Buenos Aires: La Ley; p. 333).

<sup>58</sup> Esta idea se desarrolla en un fallo icónico en el marco de la historia de la Corte Suprema de la Nación argentina en relación con el derecho a ser dejado a solas de Balbín, reconocido político argentino (había sido diputado nacional y candidato a vicepresidente). Un fotógrafo le había tomado una foto durante su internación y en su lecho de muerte. La respectiva imagen fue publicada. Ver el voto de Petracchi en CSJN. “Indalia Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S.A.”. [Argentina] 11 de diciembre de 1984.

<sup>59</sup> Cfr. Gelli. *Op. Cit.* pp. 329-330.

respecta a la autonomía individual, con un Estado Social de Derecho que apunta a la protección de la sociedad (por ejemplo, en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional). Si bien, en principio, pareciera que la distinción entre ambas esferas podría trazarse de manera relativamente sencilla, esto no es completamente así. Muchas veces, los argumentos estatales traen a colación la protección del orden social, el bienestar de la comunidad o razones de moral pública para interferir en los cursos de acción privada. Quizás, en algunas ocasiones, en realidad, el potencial daño a la comunidad sea ciertamente indirecto y remoto. Ello conlleva a preguntarnos por la legitimidad de las medidas. Veamos un ejemplo.

En la provincia de Santa Fe, como en otras jurisdicciones de nuestro país, existe una ley que dispone la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad para los conductores y acompañantes en automóviles.<sup>60</sup> La constitucionalidad de esta norma fue cuestionada sin éxito. Por ejemplo, un juez señaló que la restricción a la libertad que provoca tener que ponerse un cinturón como medio no es irrazonable en comparación con el logro del fin tuitivo. Así, la norma “no sólo tiende a la protección de la vida e integridad del propio obligado sino también de los terceros, ocupantes o no del vehículo, y de la comunidad toda” (Considerando 15). No obstante, el juez no desarrolla argumentos que muestren cómo la protección de la vida o la integridad de quienes usan el cinturón repercute favorablemente en la sociedad. De hecho, el propio juez se detiene a resaltar el valor de la vida de los individuos y las limitaciones vitales que pueden derivar de un accidente de tránsito. Luego, hace hincapié en el rol del Estado como protector de la integridad física y de la vida de los ciudadanos<sup>61</sup>. Es de imaginar, a partir de la lectura del fallo, que el hecho de que los individuos no desprecien su propia vida es un valor social y, por el contrario, que el no cuidado de ella es un atentado contra la moral común. También podría ocurrir

---

<sup>60</sup> Ley provincial [Santa Fe, Argentina]. Ley 11241. Obligatoriedad del uso de cinturones de seguridad en vehículos automotores. Sancionada el 30 de noviembre de 1994. Boletín Oficial, 12 de Enero de 1995. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/LPS0001128>.

<sup>61</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 8ª Nominación de Santa Fe [Argentina]. “Pilo Mario Alfredo c/Provincia de Santa Fe y Otro s/Recurso de Amparo”. Septiembre de 2016. Disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/09/Jurisprudencia-Consumidor-13.09.pdf>

que se considere una alteración del orden el hecho de que, luego de un accidente, la sociedad en su conjunto tenga que solventar posibles gastos hospitalarios o de seguridad social porque alguien se rehusó a usar un cinturón. Lo cierto es que ninguna de estas especulaciones resulta de la respectiva sentencia y, por lo tanto, solo podemos saber que la constitucionalidad de la norma se basa en la protección de la vida del individuo y de la sociedad. Lo que no podemos saber son las razones que harían que esto sea verdadero.

A la luz de lo antedicho, cabe preguntarnos: ¿puede el Estado inmiscuirse en el ámbito de libertad personal para proteger al individuo de actos que solo lo perjudican a él mismo? ¿Hasta dónde un acto que afecta un individuo repercute también sobre la moral y el bien de la comunidad? ¿Existe algún criterio para definir cuándo una acción es meramente individual (aunque pueda tener efectos remotos sobre terceros) y cuándo, aunque sea indirectamente, produce un daño sobre terceros de manera tal que se justifique la intervención estatal?

El caso del uso obligatorio del cinturón de seguridad en un automóvil recuerda el caso de Wackenheim, con el que se inició este capítulo. Quizás en este último, el acto lesivo de la moral social era más ostensible que lo que acontece dentro de un automotor. No obstante, el enano perdió su medio de vida, mientras que quien presentó un amparo en Santa Fe solo debió soportar que su camisa se arrugara por el uso de un cinturón. Ambos fueron tutelados, pero uno sufrió peores consecuencias que el otro. A pesar de esas diferencias, las preguntas se mantienen en uno y otro caso. La cuestión que nos interesa destacar en esta tesis no es si es conveniente salvaguardar la libertad en su totalidad o apoyar actos paternalistas jurídicos, sino mostrar que existe una tensión irrefragable y un tanto trágica: la autonomía, como nota distintiva de las personas, se resigna cuando acaece un acto paternalista que evita que una persona se provoque un daño a sí misma. Ahora bien, la protección de la autonomía en su plenitud para mantener incólume a la persona puede habilitar que el individuo opte por acciones perjudiciales para su propia persona.

### 3. Autonomía y paternalismo

La libertad como valor jurídico se expresa en las personas a través de la nota de autonomía<sup>62</sup>. Las personas autónomas, según Raz, son aquellas que pueden planificar el curso de su vida. Los agentes autónomos, por tanto, pueden decidir y ejecutar sus proyectos de vida y así son creadores (parciales) de su propio mundo moral<sup>63</sup>. La autonomía requiere que la creación de sí mismo se logre a través de la posibilidad de elegir de un abanico de opciones adecuado, que el individuo sea consciente de esas opciones y de las consecuencias de sus elecciones, y que sea independiente de toda coacción y manipulación por parte de otros (en los términos del derecho civil, que goce de discernimiento, intención y libertad). A su vez, generar un propio mundo moral con elecciones conlleva afirmar la posibilidad de contradicciones entre valores y bienes. Por ende, para que la autonomía sea posible, es necesario, también, defender una posición moral pluralista<sup>64</sup>.

Farrell explica que la teoría liberal tiene dos niveles: 1) un nivel superior, en el cual aparecen la defensa de la autonomía como forma de vida y sus argumentos justificatorios y 2) un nivel inferior, en el que se encuentra la aplicación de la autonomía a ámbitos como el político o el jurídico. En cuanto al nivel superior, que es el que nos interesa en esta instancia, la autonomía se puede expresar tanto en un lenguaje normativo como en un lenguaje descriptivo. Para Farrel, un ejemplo de este último tipo es el siguiente: alguien es autónomo si los valores que guían sus acciones son sus propios valores. El liberalismo está interesado en promover moralmente la autonomía y ello conlleva una expresión normativa como “es bueno que los individuos sean autónomos”. Es relevante destacar que la promoción de la autonomía no requiere que, de hecho, los agentes lleguen a ser autónomos (es decir, no es relevante si en la práctica efectivamente tienen autocontrol o competencia). El liberalismo, si bien también

---

<sup>62</sup> Cf. Díaz Pinto, Guillermo (1993). *Autonomía y Paternalismo*. Tesis doctoral presentada en la Universidad de Castilla La Mancha, p. 62.

<sup>63</sup> Cfr. Raz, Joseph (1982) “Liberalism, Autonomy and the Politics of Neutral Concern” *Midwest Studies in Philosophy*. Vol. VII, Mineápolis, University of Minnesota Press, pp. 91-111.

<sup>64</sup> Cfr. Raz, Josep (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, pp. 389- 399.

se interesa por la práctica de manera indirecta o remota, se preocupa *prioritariamente* por la existencia del *derecho* a ejercer la autonomía. Entonces, la exigencia planteada consiste en que los individuos puedan ejercer la autonomía.<sup>65</sup>

El problema que se suscita en este punto es que no existe una única forma de concebir la autonomía. El concepto de autonomía involucra una noción abstracta que especifica la idea de la persona como un ser autodeterminado, esto es, con capacidad de formar planes de vida, pero también es un pilar central en la evaluación de la legitimidad de políticas sociales y en múltiples aspectos morales.<sup>66</sup>

Señala Nino que, entre los derechos básicos que reconoce el liberalismo, se encuentra la libertad de hacer actividades tales como profesar un culto religioso, expresar ideas, trabajar, asociarse con otros, circular, elegir prácticas sexuales o hábitos personales que no afecten a terceros, etc. La amplitud de posibilidades que cada uno de los elementos de esta enumeración encierran hacen pensar en un principio general que prohíbe la interferencia en cualquier actividad que no cause perjuicios a terceros<sup>67</sup>.

Al margen de la disputa sobre si el Estado puede imponer legítimamente una concepción moral a través de regulaciones jurídicas (al respecto, ver el debate entre Devlin y Hart al que se hace referencia en el punto 6 de este mismo capítulo), el problema que interesa en las próximas páginas se centra en reconstruir los argumentos respecto de si el Estado puede imponer un curso de acción determinado a un individuo cuando las acciones de este no afectan a nadie más que a sí mismo/a. Frente a esta cuestión, podemos encontrar distintas posturas respecto de qué involucra la intromisión estatal. Si se trata de imponer un modelo de virtud personal, nos encontramos ante posturas perfeccionistas. Si se trata de reducir el ámbito de libertad individual para lograr un mayor

---

<sup>65</sup> Farrel, Martín (1992). “El liberalismo frente a Bentham y Mill” *Tέλος*. 1(1), pp. 23-54.

<sup>66</sup> Cfr. Hill, Thomas (1987). “The Importance of Autonomy”. Kittay, Eva Feder y Meyers, Diana T. *Women and Moral Theory*. Savage, MD: Rowman and Littlefield, pp. 129–138.

<sup>67</sup> Cfr. Nino, Carlos Santiago (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2º ed. Buenos Aires: Astrea, pp.201-202.

beneficio social, estamos en presencia de posturas utilitaristas. Finalmente, si se trata de exigir ciertas conductas en pos del no perjuicio del propio afectado (y de nadie más), estamos ante un caso de paternalismo. Esta tesis, se concentra en el último de los casos, es decir, en el del paternalismo en un subtipo: el paternalismo jurídico.

En ese marco, Nino explica que la no interferencia estatal respecto de las conductas que no perjudican a terceros se funda en el *principio de autonomía* por cuanto no implica el abandono de la neutralidad estatal respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos<sup>68</sup>. Al respecto dice:

El principio liberal que está aquí en juego es el que puede denominarse “principio de autonomía de la persona” y que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.<sup>69</sup>

En estos términos, el bien protegido por el principio de autonomía es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.<sup>70</sup> “Solo en lo que hace a su desviación de la moral interpersonal y no por su posible desviación de la moral autorreferente una acción puede ser interferida por el Estado o por otros individuos”<sup>71</sup>. Como señala el mismo Nino, esta idea se basa en dos componentes: 1) la valoración positiva de la autonomía de los individuos (respecto de la elección y consecución de planes de vida o de la adopción de ideales que forman parte de la moral autorreferente y que están presupuestos

---

<sup>68</sup> Cfr. Nino. Idem, p. 205.

<sup>69</sup> Nino. Idem, pp. 204-205

<sup>70</sup> Cfr. Nino. Idem, p. 223

<sup>71</sup> Nino. Idem, p. 229.

por aquellos planes de vida); y 2) la prohibición al Estado y a otros individuos de interferir en el ejercicio de la autonomía.<sup>72</sup>

#### 4. Mill y la libertad

En 1859, Mill publicó una de las obras más influyentes en torno a la deliberación sobre qué es la libertad y las posibles injerencias del Estado y de otros sujetos, *On Liberty*. Para Mill, en los Estados democráticos, los intereses del gobernante y de los gobernados parecerían identificarse, pero aun así es necesario reflexionar sobre los límites del poder político y sobre la “tiranía de la mayoría”<sup>73</sup>.

Mill afirma en esta obra que el principio que rige las relaciones entre la sociedad y el individuo es aquel que establece que el único fin por el que es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno de sus miembros es la propia protección. Así, Mill sostiene que la única finalidad por la cual el Estado puede ejercer su poder sobre un miembro contra su voluntad es la de evitar que perjudique a otros (esto, en tanto también se perjudicaría a la humanidad como un todo). El propio bien del individuo (o el mal contra sí mismo), en cambio, no es suficiente para justificar esa intromisión. Asimismo, hay que aclarar que el individuo sobre el cual se aplica este principio es aquel que está en la madurez de sus facultades<sup>74</sup>.

Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque es mejor para él, porque le haría feliz, porque en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas 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

---

<sup>72</sup> Cfr. Nino. Idem, pp. 229-230.

<sup>73</sup> Cfr. Mill, John Stuart (1859). “On Liberty”. En *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII. Essays on Politics and Society*. Parte 1. John M. Robson (editor). Toronto: Toronto University Press, 1977, p. 219.

<sup>74</sup> Cfr. Mill. Idem, pp. 223-224.

meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.<sup>75</sup>

El criterio que utiliza Mill para deslindar las instancias de soberanía de las de no soberanía es la noción de “acto que perjudica a terceros”, de manera tal que su concepción liberal se apoya en la distinción entre actos que se afectan a los demás y actos que solo conciernen al propio sujeto. Ahora bien, en ocasiones este criterio resulta poco claro puesto que, eventualmente, la sociedad podría invocarse sentirse lesionada por actos que, simultáneamente, podrían ser interpretados como exclusivos de una persona: por ejemplo, para retomar el caso de Wackenheim, la práctica del lanzamiento de enanos tiene como principal perjudicado al propio enano que podría sentir menoscabada su dignidad o faltado su respeto. En esos términos, el lanzamiento solo podría afectar sus intereses. No obstante, el espectáculo en sí, es decir, el hecho de que algunas personas se deleiten viendo cómo alguien lanza enanos y que se organicen competencias con ese objeto, podría herir la sensibilidad social y –alguien podría argumentar– podría incentivar prácticas comunitarias de faltas de respeto entre ciudadanos. Allí, la conducta de Wackenheim y de su lanzador no es concebida como un hecho que los involucra únicamente a ellos dos sino a la sociedad en su conjunto. ¿Podría, entonces, el Estado traer a colación estos argumentos para evitar el desmoronamiento social? ¿Hasta dónde es la conducta de Wackenheim únicamente auto-lesiva y dónde comienza el perjuicio para otros?

Mill no estuvo ajeno a esta cuestión y menciona que todas las conductas individuales repercuten sobre la sociedad.

¿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.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Pablo de Azcárate (trad.). Madrid: Alianza, p.68.

<sup>76</sup> Mill. Ídem..., p. 159

Si una persona se daña a sí misma, puede *afectar* los intereses de otros. Sin embargo, esto no es suficiente para que esa acción los perjudique o dañe. Que el mejor empleado de una empresa se suicide genera un perjuicio para el empleador, pero evitar dicha muerte en pos del mejor funcionamiento de una empresa no parece el mejor argumento para persuadir al suicida de abstenerse de terminar con su vida, al menos desde una perspectiva liberal. Ahora bien, si la justificación ética de la intervención paternalista no podría darse por el consentimiento del posible suicida, sí podría ser un argumento admisible para dicha legitimación que la prohibición del suicidio tiende a evitar que la terminación de la vida acabe también con la libertad. Si se elimina la libertad del sujeto porque este muere, la decisión es irreversible (equiparable a la auto-venta como esclavo). No se trata de conseguir el consentimiento del tutelado, sino simple y llanamente de evitarle el mayor perjuicio posible para el liberalismo: que se destruya la autonomía, la libertad, el poder de decidir sobre sí. Este interés benevolente extremo (solo para evitar la eliminación de la autonomía) es el que puede servir de justificativo ético del paternalismo jurídico. Volveremos sobre el interés benevolente en el próximo capítulo.

Para que la desaprobación y las consecuencias negativas puedan ser justificadas, entonces debe existir una obligación precisa y determinada del individuo para con la comunidad. Lo contrario, es decir, cuando una conducta no viola ningún deber específico ni ocasiona un perjuicio a otro individuo (perjuicio que es más grave que una mera afectación de intereses), entonces, el inconveniente puede ser soportado por la sociedad en pos del mayor bien de la libertad humana<sup>77</sup>. Por lo demás, la mera desaprobación porque la acción causa desagrado, parece repugnante o es considerada inmoral son tomados como efectos indirectos<sup>78</sup>.

En relación con esto último, introduce Mill su crítica al paternalismo. Explica que podría darse el caso de que, ante adultos “viciosos e irreflexivos”,

---

<sup>77</sup> Cfr. Mill, “On Liberty”..., p. 225-227.

<sup>78</sup> La distinción entre efectos directos e indirectos fue hecha por Ten, Chin Liew (1968). “Mill on Self-regarding Actions”. *Philosophy*. 43 (163), pp. 29-37. No obstante, la expresión de aquello que es interés indirecto de la sociedad como distinta del individuo aparece en Mill. “On Liberty”, p. 225.

incapaces de gobernarse a sí mismos, la sociedad decida protegerlos de sí mismos (de la misma manera en que protegería a los niños o menores de sus propias decisiones). Si conductas como las apuestas, la embriaguez, la ociosidad o la suciedad fueran perjudiciales para otros, entonces, la ley podría reprimirlos<sup>79</sup>. Contra ello, Mill argumenta que la humanidad se beneficia cuando permite que cada cual viva a su manera. Ello por cuanto piensa, en primer lugar, que la coacción no es un medio idóneo para fomentar el cuidado de sí mismo, ya que no es necesaria (hay otros medios disponibles menos gravosos, como la educación o sufrir las consecuencias de los propios errores) y no es eficaz (dado que hasta podría hacer más atractiva la conducta indeseada). En segundo término, porque al fin y al cabo toda imposición social se basa en la imposición de una conducta por parte de la mayoría hacia la minoría y, por ende, tiene tantas probabilidades de ser acertada como equivocada. En particular, Mill intenta mostrar que, en los distintos casos en los que se habilitan medidas paternalistas<sup>80</sup>, estas suelen ser acompañadas por medidas perfeccionistas.<sup>81</sup>

Alemany señala que el argumento antedicho puede ser interpretado de dos maneras: por un lado, como una consideración de que, en las sociedades contemporáneas, no podría justificarse el paternalismo y, por el otro, como la afirmación de que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses.<sup>82</sup>

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.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Cfr. Mill, "On Liberty"..., pp. 301-303.

<sup>80</sup> Los casos son expuestos en Mill. Idem..., pp. 293-299.

<sup>81</sup> Cfr. Mill, "On Liberty"..., pp. 305-306.

<sup>82</sup> Alemany García, Macario (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis de doctorado. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, p. 72

<sup>83</sup> Alemany. Idem, p. 74

Entonces, conforme con lo dicho, Mill identifica el bien individual con la autorrealización y no justifica las intervenciones paternalistas cuando se trata de evitar que un individuo se dañe a sí mismo. No obstante, reconoce una excepción: no es posible permitir que un sujeto se venda a sí mismo como esclavo por cuanto estaría eliminando en un acto y para el futuro el mayor bien que posee, esto es, su libertad.<sup>84</sup>

[quien se vende como esclavo d]estruye, 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.<sup>85</sup>

Uno de los primeros críticos de Mill fue James Fitzjames Stephen quien, respecto de *On Liberty*, menciona que cae en algunas afirmaciones no probadas. Una de las cuestiones que Mill olvidaría explicitar y que no es incoherente con sus postulados es que todos los actos voluntarios son causados por motivos. Todos los motivos pueden ser ubicados en una de dos categorías: esperanza o miedo, placer o dolor. El temor es el fundamento para la coerción, por ejemplo. Si esta afirmación es verdadera, dice Stephen, se podría agregar que nadie está justificado para tratar de afectar la conducta de otro a partir de excitar sus miedos, excepto en pos de la autoprotección.<sup>86</sup> Ahora bien, prosigue Stephen, nadie ha sugerido: 1) que no deba existir una esfera en la cual los adultos dejen fuera toda interferencia en relación con lo que prefieren (o no prefieren); y 2) que el ser forzado a hacer algo que no quiere fuera bueno para alguien, a no ser que la persona que ejerce la coerción fuera no solo más fuerte sino también más sabio que el coaccionado en relación con el acto o acción que impone.

En estos términos, entonces, la excepción para defender la no interferencia sobre los actos propios acabaría por no existir en la práctica porque,

---

<sup>84</sup> Cfr. Mill, "On Liberty"..., pp. 299-300.

<sup>85</sup> Mill, *Sobre...*, p. 190.

<sup>86</sup> Cfr. Stephen, James Fitzjames (1873/1993). *Liberty, Equality, Fraternity*. Stuart Warner (editor). Indeanápolis: Liberty Fund, pp. 7-8.

o bien no valdría siempre el argumento de la sabiduría superior para que un sujeto pueda controlar a otro, o bien porque los adultos serían tan conscientes de sus intereses y estarían tan dispuestos a satisfacerlos que ninguna coerción podría realmente promoverlos. El problema de esta afirmación, señala Stephen, no está en su importancia (nadie dudaría de ella), sino en que no existe prueba alguna de que efectivamente sea así. De hecho, Mill habría dado por sentada la igualdad de sabiduría entre ciudadanos, pero en la práctica la casuística demuestra que no existen criterios *a priori* para respaldar dicha aseveración<sup>87</sup>. Entonces, es un supuesto antes que una afirmación empíricamente corroborada.

Gerald Dworkin es otro autor que ha realizado críticas a la postura de Mill y que resulta relevante en cuanto al paternalismo como temática<sup>88</sup>. Dworkin señala que Mill es demasiado radical en la prohibición contra el paternalismo y en su posición contra la coerción porque el daño que genera es mayor al bien logrado o perjuicio evitado. No obstante, sí destaca que el mismo Mill flexibilizaría esta idea en *Principios de economía política* ya que allí sí admite algunas limitaciones al principio de que los individuos son quienes velan mejor por sus propios intereses. Estas restricciones consisten, por un lado, en cuestiones de utilidad que no se refieren a la satisfacción de necesidades ordinarias de la vida (serían aquellas cosas que tienden a elevar el carácter humano<sup>89</sup>) y, por el otro, en situaciones en las que el individuo decide lo que será mejor para él en el futuro de manera irrevocable. En *Principios de economía política*, se habla de una *presunción fuerte* contra la intervención, pero no habla de una *prohibición absoluta*. Por otra parte, Mill afirma que las medidas paternalistas, al requerir coerción, ocasionan siempre un mal mayor que la ausencia de ellas. Frente a esta afirmación, Dworkin critica que esto no puede ser demostrado, ya que impedir que alguien se venda como esclavo, que consuma drogas recreativas o

---

<sup>87</sup> Cfr. Stephen. Idem, pp.18-19.

<sup>88</sup> Cfr. Dworkin, Gerald (1983). "Paternalism". Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 19-34

<sup>89</sup> Por ejemplo, dice Mill "Las personas incultas no pueden ser jueces competentes de la cultura. Los que más necesitan ser más prudentes y mejores, son los 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". Mill, John Stuart (1848/1978). *Principios de economía política*. Teodoro Ortiz (traductor). Fondo de Cultura Económica, pp. 814-815.

que conduzca un auto sin ponerse el cinturón de seguridad pueden ser males menores comparado con la permisión de dichas conductas.

La desconfianza frente al paternalismo que se sostiene en *On Liberty* surgiría de la concepción antropológica de la persona como ser autónomo que es capaz de elegir (dicha capacidad es un bien en sí mismo, diferente del acierto o no de la elección). En otro orden de ideas, la conclusión a la que puede llegarse sobre la postura de Mill y su ejemplo de la prohibición de la venta de sí mismo como esclavo es que, a su juicio, podría justificarse el paternalismo para preservar un ámbito de libertad más amplio para el individuo.<sup>90</sup>

## 5. Berlin y dos conceptos de la libertad

Isaiah Berlin explica que el término “libertad” tiene muchos significados. En particular, Berlin se interesa en desarrollar dos. El primero, el significado “negativo”, responde a la pregunta por cuál es el campo dentro del cual el sujeto está en libertad de hacer o ser lo que pueda hacer o ser sin la intervención de otras personas.<sup>91</sup>

(...) la libertad política es simplemente el campo dentro del cual un hombre puede actuar sin obstrucciones de otros. Si otras personas me impiden hacer lo que de otro modo haría, en esa medida no soy libre; y si este campo es limitado por otros más allá de cierto mínimo, puede describirse como víctima de la coerción o quizás esclavizado<sup>92</sup>.

La coerción cumple un papel crucial en este contexto. Como el mismo Berlin aclara, la coerción conlleva cualquier interferencia deliberada de otros seres humanos que provoca que alguien actúe de manera diferente a como lo haría de no existir la respectiva intromisión. A su vez, esta interferencia debe ser un acto humano deliberado, es decir, debe ser el resultado de arreglos que otros

---

<sup>90</sup> Cfr. Dworkin, “Paternalism”.

<sup>91</sup> Cfr. Berlin, Isaiah (1969). “Two Concepts of Liberty (1958)”. *Four Essays on Liberty*. Nueva York: Oxford University Press, pp. 121-131.

<sup>92</sup> Berlín, Isaiah (1974). “Dos conceptos de la libertad” Quinton, Anthony (recopilador) *Filosofía Política*. México/Buenos Aires/Madrid: Fondo de Cultura Económica, p. 217

sujetos hacen y que dan como consecuencia de la frustración de los deseos de un tercer individuo. En este sentido, la incapacidad de saltar más de dos metros de altura no implica coerción puesto que esto es simplemente una condición física de los seres humanos. Un caso menos claro y que depende de la aceptación de teorías económicas y sociales, en cambio, es el caso de no contar con recursos económicos para solventar un viaje alrededor del mundo.<sup>93</sup>

La libertad negativa, entonces, es la ausencia de obstáculos generados por otros. De este modo, cuanto más amplia sea la zona de no interferencia, mayor grado de libertad habrá. A pesar de ello, Berlin reconoce que, en pos de lograr ciertos objetivos y orden en la sociedad, la libertad puede ser limitada. Aun así, existe una zona mínima de libertad personal que, a su juicio, sería inviolable.

[E]n caso contrario el individuo se encontraría en una zona demasiado estrecha para ese desarrollo mínimo de sus facultades naturales que permite perseguir y aun concebir los diversos fines que los hombres consideran buenos, correctos o sagrados. Se sigue de aquí que debe trazarse una frontera entre la zona de la vida privada y la de la autoridad pública.<sup>94</sup>

El segundo significado del concepto de libertad, denominado “positivo”, responde a la pregunta acerca de quién es la fuente de control o interferencia que puede determinar que alguien haga una cosa en lugar de otra, esto es, se deriva del deseo que tiene el individuo de ser su propio amo. Quien tiene libertad positiva, entonces, es instrumento de su propia voluntad y no de otros hombres, sus decisiones dependen de sí mismo y no de fuerzas externas.<sup>95</sup>

Quiero ser un sujeto, no un objeto; moverme por razones, por propósitos conscientes propios, no por causas que me afecten, como si dijéramos, desde afuera. Quiero ser alguien, no nadie; un ejecutor-decididor, no alguien por quien se decide; autodirigido, no guiado por la naturaleza externa o por otros hombres

---

<sup>93</sup> Cfr. Berlin, “Two...”, pp. 121-123.

<sup>94</sup> Berlin. *Dos...*, pp. 219-220.

<sup>95</sup> Cfr. Berlin. “Two...”, pp.131-134.

como si fuese una cosa, un animal o un esclavo incapaz de desempeñar un papel humano, es decir, de concebir metas y políticas propias y alcanzarlas.<sup>96</sup>

Si la esencia de los hombres es aquella de ser seres autónomos, o sea, autores de valores, fines en sí mismos, la última autoridad, entonces, la peor circunstancia posible es que sean tratados como no autónomos, como objetos o criaturas que se dejan llevar por estímulos externos o que pueden ser manipulados por sus gobernantes.<sup>97</sup>

Si bien a primera vista existe una gran semejanza entre la libertad en sentido negativo y en sentido positivo, Berlin señala que existen importantes diferencias, a punto tal de que han llegado a estar en abierto conflicto entre sí. Cuando se plantea el argumento del autodominio como basado en la racionalidad del agente, también puede invocarse la distinción entre una “naturaleza superior” y a una “inferior”. Esta última consiste en un “yo empírico” o heterónimo que, al ser movido por pasiones y deseos, debe ser disciplinado para estar a la altura de la naturaleza real o superior. Incluso hasta puede llegar a identificarse a este “yo real” con una institución más compleja (por ejemplo, el Estado, la sociedad, la Iglesia, etc.). Así, cuando las acciones de un individuo no coinciden con las que se supone que racionalmente tomaría si lo guiara su naturaleza superior, entonces, se considera que puede ser corregido bajo coerción, sobre la base de la idea de que él mismo hubiera actuado diferente de haber sido completamente racional.<sup>98</sup>

Esto me facilita concebirme a mí mismo como forzador de los demás por su propio bien, y no por mi interés. entonces estaré pretendiendo saber mejor que ellos mismos lo que verdaderamente necesitan. Lo que esto implica, a lo sumo, es que no me resistirían si fuesen racionales y tan sensatos como yo, y entendiesen sus intereses como lo hago yo. Pero luego puedo pasar a pretender mucho más que esto. Puedo declarar que en realidad persiguen lo que en su estado de ofuscamiento resisten conscientemente, porque existe

---

<sup>96</sup> Berlín. “Dos...”, p. 229.

<sup>97</sup> Cfr. Berlin. “Two...”, pp. 136-137.

<sup>98</sup> Cfr. Berlin. Idem, pp. 131-132.

dentro de ellos una entidad oculta —su voluntad racional latente o su propósito «verdadero»— y que esta entidad, aunque negada por todo lo que ellos sienten, hacen y dicen abiertamente, es su yo «real», del que puede saber poco o nada el pobre yo empírico del espacio y el tiempo; y que este espíritu interior es el único yo que merece que se tomen en cuenta sus deseos.<sup>99</sup>

La manipulación de los individuos, bajo el pretexto de tutelar su propia felicidad o de guiarlos hacia las decisiones que de otra manera hubieran adoptado, implica sin embargo la eliminación del tratamiento de estos como seres humanos. El argumento de guiar a los sujetos en pos de metas que actualmente no ven pero que sí puede notar la autoridad política, conlleva la degradación de los agentes al grado de tratarlos como objetos desprovistos de voluntad. Conducir a los seres humanos hacia ciertos cursos de acción, ya sea mediante coerción o alguna forma de engaño conforme con algo más allá que ellos mismos, es tratarlos como meros medios y no como fines en sí mismos (es decir, es una contradicción con el principio kantiano). Es negar aquello que los hace personas, al menos desde una concepción liberal<sup>100</sup>. El paternalismo es despótico, dice Berlin, porque es un insulto a la propia concepción sobre uno mismo como un ser humano determinado a desarrollar la propia vida conforme a los propios propósitos (que no necesariamente deben ser racionales o benevolentes) y con derecho a ser reconocido como tal por otros.<sup>101</sup>

Un crítico de la libertad negativa es Charles Taylor, quien sostiene que esta no da cuenta del hecho de que, muchas veces, las personas identifican mal sus deseos o no los ponderan de manera adecuada. No toda restricción es, entonces, vista como una limitación a la libertad sino solo aquellas que son significativas para la vida humana. Precisamente, ello no estaría determinado por la intensidad de los deseos involucrados. En cierta forma, para Taylor, es relevante detectar cuál es el plan de vida de un individuo a los efectos de determinar cuáles son los intereses más importantes, cuáles son los

---

<sup>99</sup> Berlin. "Dos...", p. 231

<sup>100</sup> Cfr. Berlin. "Two...", pp. 137-138.

<sup>101</sup> Cfr. Berlin. Idem, p. 157.

incompatibles y cuáles son periféricos.<sup>102</sup> Por ejemplo, un semáforo en rojo que impida que la Sra. F cruce una calle para evitar que sea parte de una colisión vehicular es una medida paternalista que afecta su libertad. No obstante, el “daño” que se genera (la retención durante un minuto, la prohibición de circular durante ese lapso) es irrisorio y difícilmente podría ser caracterizado como un verdadero perjuicio. Más irrelevante es este posible “daño” si se lo piensa en términos de cómo influye en el plan de vida de la Sra. F. Supongamos que esta desea desarrollar un software. La irrupción de la luz roja del semáforo no ha obstaculizado en lo absoluto aquella meta, aunque quizás pudo retrasarla un minuto. Volveremos sobre el daño y la afectación de intereses en el próximo capítulo.

## **6. El debate entre Hart y Devlin**

En el Reino Unido, en 1954, se constituyó el denominado “Comité Wolfenden”, que debía estudiar, entre otros asuntos, la criminalización de las relaciones homosexuales y de la prostitución. Al respecto, en septiembre de 1957, el Comité recomendó la despenalización de las prácticas homosexuales entre adultos que consintiesen y que se llevaran a cabo en el ámbito privado. No obstante, las autoridades estatales no siguieron este consejo y la persecución penal continuó. En cuanto a la prostitución, también recomendó que dejara de ser un delito, aunque sugirió que la legislación tendiera a hacer que su ejercicio fuera erradicado de las calles para evitar las ofensas posibles a los ciudadanos comunes que, al transitar por ellas, pudieran ocasionalmente ver la oferta y la demanda. Esta recomendación fue tomada por el Estado.

Hart explica que lo interesante de esta situación, más que los resultados, son los principios que llevaron a estas recomendaciones. Respecto de la

---

<sup>102</sup> Cfr. Taylor, Charles (1979). “What is wrong with negative liberty”. En Ryan, Alan (ed.). *Idea of Freedom, Essays in Honour of Isaiah Berlin*. Oxford: Oxford University Press, pp. 175-193.

prostitución, el informe señalaba que la función del derecho penal es la preservación del orden y la decencia, la protección del individuo de aquello que es ofensivo o injurioso, y la provisión de salvaguardas contra la explotación y corrupción de otros, en particular, de aquellos que fueran vulnerables por su edad o debilidad mental o física o por su inexperiencia.<sup>103</sup> En contraste con ello, para el caso de las relaciones homosexuales, el argumento vertido fue que debe existir un ámbito de moralidad (e inmoralidad) privado que, consiguientemente, no es de incumbencia de la legislación penal.<sup>104</sup> Así, el informe distinguió entre la afectación de terceros en un ámbito público y la esfera privada.

En 1959, Devlin, en *The Enforcement of Morals*, afirmó que suprimir los vicios es tanto un asunto propio de la legislación penal como combatir las actividades criminales.<sup>105</sup> Al respecto explicó que, para el derecho penal, que la víctima haya aceptado o solicitado una acción en contra suyo (o sea, que haya consentido) es irrelevante para eximir la antijuridicidad del hecho y la culpa del delincuente. Cuando se comete un homicidio, por caso, no importa que el muerto haya consentido a ser matado; ante una agresión física, no importa que el agredido crea haber merecido las lesiones o que las haya querido, etc. (la excepción es el caso de la violación). El orden jurídico, de esta manera, existe para proteger a la *sociedad* de conductas criminales, no a los individuos. Esto explica que la acusación esté a cargo del Estado a través del Ministerio Público Fiscal y no de las víctimas interesadas (que, de hecho, no son parte del juicio a no ser que se presenten como querellantes). Así, una persona no puede consentir previamente que se cometa un delito contra ella, o perdonarlo luego de realizado, con la expectativa de que se elimine la ilicitud: se trata de delitos que contrarían a la sociedad. En estos términos, la afectación del individuo tiene poco y nada que ver con la ilegalidad de una acción criminal.<sup>106</sup> Como puede notarse, la postura de Devlin no está basada en la idea de la imposición de una moral

---

<sup>103</sup> Este argumento está contenido en la sección 13. Ha sido consultado a través de Hart, Herbert L.A. (1963/1968). *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press Paperback, p. 14

<sup>104</sup> Este argumento está contenido en la sección 61. Ha sido consultado a través de Hart, *Op. Cit.*, pp. 14-15.

<sup>105</sup> Cfr. Devlin, Patrick (1959). *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press, p. 13.

<sup>106</sup> Cfr. Devlin, p. 6

social de manera coactiva sino, más bien, implica eliminar actos que atentan contra la moral social y que, por ende, ponen en riesgo la existencia de la sociedad misma.<sup>107</sup>

Frente a estas aseveraciones, Hart tomó posición a favor de las disposiciones del Comité Wolfenden y dedicó su obra *Law, Liberty and Morality* a discutir la propuesta de Devlin. En ese marco, responde que las normas que excluyen el consentimiento de la víctima en los casos que presenta Devlin son paternalistas. Hart también agrega que Mill hubiera estado en contra de la criminalización de estas conductas, como también lo estaba de aquellas que intentan imponer una moralidad positiva. Al respecto, Hart remarca la importante distinción entre el problema del paternalismo jurídico y el problema del perfeccionismo jurídico.<sup>108</sup>

El paternalismo y el perfeccionismo tienen en común que ambos se oponen al principio propuesto por Mill de que nadie puede dañarse a sí mismo. También puede ocurrir que el resultado de las políticas paternalistas y perfeccionistas sea igual desde la perspectiva externa: por ejemplo, la sanción del auxilio al suicidio. La coincidencia se da en el plano de los hechos, pero las *razones* que conducen a la sanción son distintas en cada caso: para el perfeccionista, el objetivo es evitar un acto inmoral como es quitarse la vida; para el paternalista, en cambio, el objetivo es evitar que un individuo se dañe a sí mismo al quitarse un bien como es la vida.<sup>109</sup>

Dicho de otra forma, el paternalismo se centra en la evitación de daños autorreferentes, pero no puede justificarse si se sostiene también (como lo hace Mill) que es el propio individuo quien *siempre* está en mejores condiciones para saber lo que es mejor para sí mismo o en coincidencia con sus propios intereses. De esta manera, Hart muestra que es necesario distinguir entre la acción paternalista y la capacidad del individuo. Agrega que Mill ha atribuido demasiada psicología a los hombres (reflexión, dominio de los deseos transitorios, sortear

---

<sup>107</sup> Cfr. Alemany, *Op. Cit.*, 2005, p. 82

<sup>108</sup> Cfr. Hart, *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>109</sup> Cfr. Alemany, *Op. Cit.*, p.83.

presiones internas y externas, etc.).<sup>110</sup> En ese marco, Hart explica que el paternalismo jurídico puede ser aceptable y que, de hecho, la evolución del Estado desde Mill hasta sus días ha dado lugar a muchos casos sin que ello menoscabe el *laissez-faire*.<sup>111</sup>

## 7. Dworkin, la autonomía y el paternalismo

Como mencionamos más arriba, Gerald Dworkin es uno de los principales autores que ha tratado el problema del paternalismo. En uno de sus trabajos, explica que, para él, el paternalismo conlleva una violación de la autonomía de la persona (noción que, a la vez, entiende de manera diferente a la noción de libertad). Para que pueda darse este fenómeno, debe haber un desplazamiento (“usurpación”) en la toma de decisiones. En ese marco, Dworkin explica que detrás de las *concepciones* sobre la autonomía subyace siempre un *concepto* de autonomía<sup>112</sup> —valga la redundancia—. El concepto genérico de autonomía concibe a la persona como a un ser que se determina a sí mismo. Dworkin menciona que su concepción particular de la autonomía se caracteriza por:

- 1) ser relevante para juzgar problemas que se presentan en el ámbito de la moral, de la política y de lo social;
- 2) ser alcanzable; y
- 3) permitir que se eviten las dificultades respecto de cuestiones políticas, sociales y morales.

A partir de ello, la autonomía según Dworkin se caracteriza como la capacidad de las personas para razonar sobre sus preferencias, intereses, deseos, entre otros, y la capacidad para aceptarlos o cambiarlos en función de una jerarquización en torno a preferencias y valoraciones de orden superior. Al

---

<sup>110</sup> Cfr. Hart, *Op. Cit.*, pp. 32-33.

<sup>111</sup> Cfr. *Idem*, p. 32.

<sup>112</sup> Cfr. Dworkin, Gerald (1995). *The Theory and Practice of Autonomy*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 9.

ejercer esta capacidad, las personas pueden dar un sentido a sus vidas y asumir responsabilidad por sus actos.<sup>113</sup>

Esta concepción de la autonomía tiene las siguientes características:

1) implica un concepto global ya que sería una propiedad atribuible a formas de vivir (es decir, a una vida) y no a un momento particular;

2) si bien se relaciona con la interferencia en la decisión final de lo que se quiere, es más que ella ya que se puede interferir con la autonomía sin afectar la decisión final respectiva. Por ejemplo, la manipulación o la ignorancia afectan la capacidad de construir o rechazar el objetivo. Sin embargo, un sujeto manipulado puede tomar una decisión final y haberla elegido, pero el proceso de reflexión puede no haber sido completamente autónomo por estar influido a través de amenazas;

3) no es solo la capacidad de concretar ciertos deseos en acciones, ya que implica también la capacidad de reflexión sobre las propias preferencias y la capacidad para cambiarlas si uno así lo desea.<sup>114</sup>

De esta manera, la autonomía sería una noción más amplia que la de libertad. Esta última, para Dworkin es la noción “negativa” de ausencia de interferencias o de presencia de alternativas. Así, la libertad sería la capacidad de una persona de hacer lo que quiere y de tener alternativas que no son desalentadas o entorpecidas por otros.<sup>115</sup>

Ahora bien, no todas las interferencias *a la libertad* son interferencias *a la autonomía*, como tampoco todas las interferencias *a la autonomía* son interferencias *a la libertad*. Por ejemplo, cuando se engaña a alguien para que haga algo, no se interfiere con su libertad, pero sí con su autonomía. Por el contrario, no se interfirió con la autonomía pero sí con la libertad de Ulises cuando este fue atado al mástil para no caer en el encanto de las sirenas.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Cfr. Idem..., p. 16.

<sup>114</sup> Cfr. Idem..., pp. 14-16.

<sup>115</sup> Cfr. Idem, p. 105

<sup>116</sup> Cfr. Idem, p. 106

La posibilidad de promover la autonomía a partir de interferir con la libertad sería contradictoria con la idea de que las personas racionales siempre prefieren mayor amplitud en sus opciones de elegir. Existen, para Dworkin, razones para lo contrario, como, por ejemplo, sentimientos de angustia ante la elección, la culpa por la duda de no saber si se ha elegido lo mejor, costos en las tomas de decisiones, presiones recibidas, etc. Asimismo, señala que también hay razones paternalistas.<sup>117</sup>

Respecto de las razones paternalistas, Dworkin menciona que se trata de casos en los que es racional para los individuos rechazar la posibilidad de elegir porque si tuvieran algunas alternativas disponibles, quizás elegirían aquellas que podrían dañarlos.<sup>118</sup>

Sobre las razones para justificar la toma de medidas paternalistas, Dworkin señala que una de ellas es que, aunque el Estado puede ser un instrumento para la limitación de oportunidades, no siempre es la herramienta más adecuada para este propósito. De hecho, en muchas ocasiones los individuos podrían llegar a acuerdos particulares o a pensar mecanismos de solución alternativos que los conformen más (podríamos pensar, por ejemplo, en la mediación para llegar a un acuerdo entre partes antes que un juicio civil).

A lo anterior Dworkin agrega que no puede justificarse que el Estado pueda interferir en la libertad de un individuo en nombre de este y en contra de su voluntad solo bajo la consideración de que hacerlo podría ser racional para evitar un daño autorreferencial.<sup>119</sup>

## **8. Feinberg y la autonomía**

Feinberg señala que “autonomía” se aplicó originariamente a los Estados e instituciones que tenían la posibilidad de auto-normarse o autogobernarse.

---

<sup>117</sup> Cfr. Idem, pp. 69-75.

<sup>118</sup> Cfr. Dworkin. Idem, p. 76

<sup>119</sup> Cfr. Dworkin. Idem, p. 78

Desde allí se trasladó metafóricamente a las personas, dando lugar a la noción de autonomía personal.<sup>120</sup>

Este autor distingue cuatro sentidos de “autonomía”:

1) autonomía como capacidad: esta es necesaria para disponer de la autonomía como condición de autogobierno. Está determinada por la capacidad mínima de elegir en un momento concreto. Por ejemplo, un árbol, una medusa, o incluso alguien en coma, carecen de la autonomía en este sentido.<sup>121</sup> Si se piensa la autonomía como autogobierno, entonces, la capacidad mínima requerida es aquella de poder conducir la propia vida conforme a los valores que el mismo individuo elige;

2) autonomía como condición: este tipo de autonomía hace referencia a las circunstancias necesarias en las que alguien puede ejercer sus capacidades. Depende en gran medida de la suerte, por ejemplo, tener un cuadro de fiebre muy alto y con delirios o incluso ser muy pobre serían factores que entorpecerían la posibilidad de elegir acerca de ciertos cursos de acción;

3) autonomía como ideal: es tener un carácter admirable. Algo relevante que destaca Feinberg al respecto es que este sentido implica la autodeterminación coherente con la concepción del individuo como miembro de una comunidad;

4) autonomía como derecho: es el sentido originario de la autonomía como característica de un Estado y, por lo tanto, hace a la autodeterminación. Es graduable, delegada y conlleva un privilegio.<sup>122</sup>

Tras realizar una comparación con la autonomía y la soberanía de los Estados, Feinberg concluye que el propio cuerpo, el espacio vital constituido por el domicilio y la propiedad, además de la posibilidad de tomar decisiones relevantes sobre la propia vida, son parte de la soberanía personal.<sup>123</sup> La

---

<sup>120</sup> Cfr. Feinberg, Joel. (1986). *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press, p. 28.

<sup>121</sup> Cfr. Idem, p. 30

<sup>122</sup> Cfr. Idem, pp. 28-34. Las denominaciones las he tomado de la traducción de Alemany, *El concepto...*

<sup>123</sup> Cfr. Idem, p. 54

pregunta que se plantea a partir de esta concepción es si allí también se pueden incluir algunas decisiones menos significativas, como, por ejemplo, decidir no ponerse el cinturón de seguridad al manejar un auto.

Menciona, al respecto, que hay dos vías posibles:

1) seguir los postulados de Mill para distinguir si las decisiones autorreferentes pertenecen y producen efectos únicamente al/sobre el individuo; o

2) limitar las fronteras de la soberanía individual a los intereses que son centrales para el individuo.

Feinberg acaba por inclinarse por la primera postura. La segunda, explica, puede derivar en arbitrariedades para demarcar qué es y qué no es central en términos generales y en torno a cada individuo en particular, ya que lo que puede ser superfluo para alguien puede no serlo para otra persona.

A partir de delimitar el ámbito de la autonomía individual como una conducta autorreferente, el paternalismo jurídico tendría un problema porque, o bien debe definir cuáles son los intereses auténticos de los individuos, lo que sería inaceptable, o bien debe subordinar la autonomía al bien del propio individuo.<sup>124</sup>

## 9. Recapitulación

El propósito de este capítulo ha sido presentar un conjunto de posturas en torno a la libertad o la autonomía como nota distintiva de las personas. La razón para hacer tal cosa es mostrar una visión antropológica que permitirá, luego, reconstruir el dilema entre lesionar la autonomía o permitir un posible auto-daño por parte de los individuos. A raíz de la exposición de las concepciones analizadas en el capítulo, podemos destacar que no existe una explicación uniforme respecto de las diferencias entre la autonomía y la libertad (cuál es más amplia, cuál fundamenta a cuál, si puede lesionarse una sin lesionar la otra),

---

<sup>124</sup> Cfr. Feinberg, Joel. (1983). "Legal Paternalism". Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 3-18

aunque en ningún caso se pone en cuestión la estrecha relación entre autonomía y libertad. La mirada desde la cual se han abordado los postulados es aquella de la problematización respecto de cómo el paternalismo puede implicar el establecimiento obligatorio de cursos de acción con el fin de proteger al individuo respecto de sí mismo. Ello en cuanto el objetivo de la toma de medidas paternalistas no es la tutela de la sociedad en su conjunto sino del propio individuo contra ataques provenientes de su propia persona y que no lesionarían a nadie más.

Si bien, en principio, la propuesta del límite a la intromisión estatal entre actos que solo implican un auto-daño y aquellos que dañan a otros parece intuitiva, se ha comentado que, en realidad, el criterio de demarcación dista de ser sencillo. En efecto, es difícil pensar en acciones auto-lesivas que no repercutan, aunque sea indirectamente, sobre terceros. No obstante, dicha repercusión, para fundamentar la posibilidad de generar obligaciones por parte del Estado y hacia el individuo, debe ser ponderada: ¿cuál es el costo de reducir la libertad/autonomía en relación con el daño a evitar en terceros?

Otra cuestión que ha surgido a lo largo de la exposición apunta a las capacidades de los individuos para determinar la conveniencia sobre los diferentes cursos de acción. Precisamente, el paternalismo pareciera partir de una necesidad de tutela en casos en que los individuos no parecieran poder discernir el perjuicio de sus acciones. Ahora bien, las presupuestas en uno y otro caso son distintas: mientras que las posturas liberales, como, por ejemplo, la de Mill, aseguran que nadie es mejor que el propio sujeto para determinar qué es un perjuicio para sí mismo, las posturas que abogan por el paternalismo presuponen la posibilidad de que las capacidades del sujeto no sean tan amplias y certeras. Vale la pena destacar que retomaremos este tema en el capítulo 2 de este trabajo.

Como puede notarse, la cuestión acerca del daño que se produce a la persona ya sea porque se reduce su libertad/autonomía o porque se permite que se auto-lesione no es sencilla de resolver. En el fondo, se debe tomar posición

sobre una tesis antropológica que permita optar por una situación y jerarquizar qué factor dejar incólume.

En el capítulo que continúa abordaremos distintos elementos que apuntan a debatir la posibilidad de conjugar el paternalismo jurídico con una visión “fuerte” de la autonomía de la persona en el marco de un Estado Social de Derecho. De esta manera, veremos la complejidad –y las tensiones– que surgen a partir de los intentos de armonizar dos visiones del individuo y de las obligaciones políticas que revisten características y finalidades frecuentemente contrapuestas.

## CAPÍTULO 2

### LA JUSTIFICACIÓN ÉTICA DEL PATERNALISMO JURÍDICO

#### 1. Introducción

Tanto el año 2020 como lo que ha transcurrido del año 2021 ha sido marcado por una pandemia que obligó a los Estados a tomar medidas drásticas para evitar la propagación del Coronavirus y para permitir la preparación de los sistemas de salud. Argentina no fue la excepción y, en marzo de 2020, comenzó el aislamiento social preventivo y obligatorio de la población. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 19 de abril se dictó una resolución que procuraba desestimular que los mayores de 70 años salieran de sus casas a realizar las pocas actividades por entonces permitidas, como, por ejemplo, ir al supermercado, asistir a una consulta médica o pasear un perro. Un considerando señalaba: “Que en tal sentido se entiende razonable generar mecanismos que fomenten una especial protección de las personas mayores en pos de morigerar el impacto que pudiera tener la enfermedad en este grupo, entre los cuales es preciso establecer un proceso de mayores cuidados para reducir los desplazamientos, aun aquellos mínimos e indispensables tales como aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos e incluso pasear sus mascotas”.

La medida no impedía las salidas por completo, pero sí obligaba a los miembros de este grupo etario a comunicarse por vía telefónica con un operador para conocer sus alternativas. Si bien la resolución no explicita que se trate de la gestión de un permiso, el trámite se parece mucho a ello, ya que, incluso, la autorización de la salida duraba solo 48 horas, por lo que, una vez vencido el plazo, el ciudadano o la ciudadana debía volver a comunicarse para conocer una vez más sus alternativas.

La población argentina entera había sido sometida a un aislamiento con imposibilidad de realizar actividades cotidianas y con la necesidad de gestionar permisos en los casos habilitados. No obstante, para el caso de los adultos

mayores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la medida era incluso más extrema, puesto que debían solicitar un permiso (o al menos llamar telefónicamente para conocer sus alternativas) del Gobierno de la ciudad. Asimismo, la resolución destacaba en sus considerandos que el fundamento de la medida era la voluntad de tutelar a este grupo con mayor riesgo de muerte en caso de contagio de Covid-19.

Por otro lado, la resolución agrega “que ello intenta reforzar la autonomía decisional y el autogobierno de cada adulto mayor en su disposición a salir y a correr los riesgos consecuentes”. En este sentido, la medida da por sentado que la puesta a disposición de los adultos mayores de 70 años de herramientas de asistencia permitiría que aquellos que no desearan salir pudieran quedarse en sus hogares y aun así obtener su comida, remedios o un paseo para su mascota. El problema que no plantea la resolución es que no dictamina qué debían hacer las personas que integran este grupo y que sí quisieran salir a realizar sus actividades como cualquier otro ciudadano (es decir, con un aislamiento obligatorio y con la tramitación de los permisos necesarios). Para este grupo no existía una prohibición expresa (de hecho, tampoco existía sanción para el caso de incumplimiento), aunque sí existía la carga extra de tener que realizar un llamado telefónico para conocer las alternativas disponibles y que, en caso de ninguna solucionara la necesidad, se pudiera permitir la salida. Esto, cada 48 horas<sup>125</sup>.

A raíz de esta situación, un ciudadano solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la medida, solicitud que tuvo éxito tan solo un día después de dictada la resolución, el 20 de abril. El juzgado manifestó: “La imposición a todo adulto mayor de 70 años de edad, de la necesidad de comunicarse con el servicio de atención ciudadana al número 147, previamente a hacer uso de la posibilidad de realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos, tal como lo prevé el DNU 297/2020, resulta una exigencia más

---

<sup>125</sup> Art. 2, Resolución Conjunta (Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) n° 16/MJGGC/20. Disponible en [https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck\\_PE-RES-MJGGC-MSGC-MJGGC-16-20-5851.pdf](https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-RES-MJGGC-MSGC-MJGGC-16-20-5851.pdf)

gravosa para ese colectivo de personas, que para el resto de la población, que extralimita los contornos de las medidas de aislamiento del conjunto de los habitantes.”<sup>126</sup> El juez señaló que estas consideraciones hacen pensar en la construcción de una categoría sospechosa –el grupo etario en cuestión– y en la imposición de un medio irracional y desproporcionado para velar por su buena salud, ya que no se trata de una medida general (el ASPO), sino una dirigida a un colectivo al que se le agrega una carga extra únicamente en virtud de su edad.

Resulta extraño que en los fundamentos de la medida no se haga mención alguna al carácter claramente paternalista de ella. La restricción establecida por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no tendía a evitar la propagación de los contagios (para ello regían las restricciones generales), sino a evitar que los adultos mayores, en su carácter de población de riesgo, se sometieran a un alto riesgo de muerte. En efecto, cada individuo que no cumpliera con la medida solo asumiría un riesgo para sí mismo. Al mismo tiempo, es cierto que la resolución no prohibía en términos absolutos la circulación de los adultos mayores de 70 años, sino que solo la obstaculizaba bajo el pretexto de *ampliar* su autonomía.

Rápidamente cobró notoriedad el caso de una ciudadana porteña de 83 años que fue a tomar sol a un parque. Ante el requerimiento policial de que se retirara, manifestó que necesitaba aire y sol durante 20 minutos por razones de salud. Finalmente, fue notificada por violar el artículo 205 del Código Penal (referido al incumplimiento de medidas tendientes a evitar la propagación de una epidemia). Ahora bien, si se hubiera comunicado telefónicamente con el número 147 dispuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para conocer sus alternativas, ¿hubiera obtenido el permiso correspondiente, hubieran intentado disuadirla, o le hubieran prohibido su pretensión? ¿Con qué argumentos podría haberse resuelto cada una de las alternativas si, aparentemente, la medida pretendía fortalecer antes que disminuir la autonomía de la persona en cuestión?

---

<sup>126</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n°14. Lanzieri, Silvano contra GCBA sobre Amparo – Otros. Expte. N° 3045/2020-0

Los relatos anteriores apuntan a reflexionar sobre cómo el Estado, a través del derecho, intenta modelar acciones de los individuos. Para ello, prohíbe o permite ciertas conductas, o les impone cargas o premios con el fin de estimularlas o desestimularlas. A veces, la razón para ello no se relaciona con el orden de la vida en comunidad sino con la voluntad de evitar daños a los individuos que podrían ser cometidos por ellos mismos. Ante esta situación, cabe preguntarse: ¿es legítimo que el Estado desplace la autonomía del individuo en estos casos? Si se considera que los sujetos involucrados son incompetentes para decidir en el caso específico ¿podría luego esperarse que consientan la medida? Por ejemplo, una vez finalizada la pandemia, ¿podrían los adultos mayores consentir la restricción? Si se los considera incompetentes, ¿podrían consentir medidas conexas, es decir, cuya información a analizar radica en los mismos riesgos sobre la vida? En el caso de la Covid-19, si un adulto mayor de 70 años fuera incompetente para evaluar los riesgos de salir de su casa porque no sabría preservar su vida, ¿podría luego requerírsele coherentemente el consentimiento para vacunarse para preservar su vida? ¿Podría legítimamente vacunársele a la fuerza para evitar un mal para él o ella mismo?

Como se ha mencionado en el capítulo anterior, si se parte de considerar que la autonomía es un elemento constitutivo de la persona, toda medida paternalista es *prima facie* una lesión para la persona. No obstante, el problema no es tan sencillo. Antes de rechazar tajantemente el paternalismo jurídico hay que tener en cuenta que este tiende también a *proteger* a las personas. La relación es, entonces, bastante trágica y la contradicción parece irresoluble. No todos los casos son tan fácilmente discutibles como el que se ha traído a colación (por un lado, porque ya existía una medida de aislamiento para toda la población y, por el otro, porque la prohibición de salida no era total ni incluía una sanción para el caso de incumplimiento. De hecho, no involucraba una prohibición sino, antes bien, intentaba ser una disuasión).

Este capítulo se aboca a analizar el paternalismo jurídico como fenómeno en el cual un interventor (el Estado), mediante el ordenamiento jurídico, intenta evitar daños que los individuos se podrían auto-infligir sin lesionar a nadie más. Por ello, en primer lugar, se analizará a qué se hace

referencia cuando se habla de paternalismo jurídico. Luego, se expondrán algunas ideas sobre qué implica evitar un perjuicio y qué puede ser o no un daño. En cuarto término, se mencionan qué medidas podrían ser caracterizadas como “paternalistas” y se desarrolla la problemática sobre la función moralizante del derecho. Finalmente, los últimos apartados se concentran en las problemáticas del consentimiento y en el fundamento del paternalismo jurídico.

## 2. El paternalismo jurídico<sup>127</sup>

Algunas décadas atrás, Ernesto Garzón Valdés publicó un artículo titulado: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”<sup>128</sup>. En esta tesis se parte de una pregunta relacionada con aquella de Garzón Valdés. No apuntamos aquí a dilucidar si el paternalismo jurídico es o no justificable en términos éticos, pero sí a postular que, si se considera justificable, hay que tener en cuenta que involucra

---

<sup>127</sup> Parte del contenido de este capítulo fue publicado Lell, Helga María (2018). “El paternalismo jurídico y su justificación ética en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*. Vol. 48, No. 129, julio - diciembre 2018 / Medellín, Colombia. Pp. 439 – 458.

<sup>128</sup> Ver Garzón Valdés, Ernesto (1988). “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 155-173. Este artículo fue publicado en el marco de la sección “Sobre el paternalismo”, que surge a partir de las Primeras Jornadas sobre Problemas de Filosofía Práctica celebradas en Barcelona en 1987 y que reúne trabajos sobre este tópico de Camps, Victoria (1988) “Paternalismo y bien común” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 195-202, Diertelen, Paulette (1988). “Paternalismo y Estado de Bienestar” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 175-194, Resta, Eligio (1988). “Metáfora del contrato” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 227-242 y de Lucas, Javier (1988). “Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la Antigüedad Clásica” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 243-249. Además, Atienza realiza una síntesis y una crítica de estas perspectivas y cada autor expone su réplica (ver Atienza, Manuel (1988). “Discutamos sobre paternalismo” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 203-214; Garzón Valdés, Ernesto. (1988) “Sigamos discutiendo sobre el paternalismo” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 215-219; Camps, Victoria (1988). “Sigamos discutiendo” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 223-225 y Diertelen, Paulette (1988b). “Respuesta a M. Atienza” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 221-222).

Por otro lado, cabe destacar que una versión preliminar del trabajo que aquí se comenta fue publicada en la *Revista Latinoamericana de Filosofía* (vol. XIII, nº 3, 1987), editada en Buenos Aires.

Finalmente, resta aclarar que existe otra obra de Garzón Valdés en la cual se trata el tópico del paternalismo: “Intervencionismo y paternalismo” (ver Garzón Valdés, Ernesto (1993). “Intervencionismo y paternalismo”. Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 379-399)

una aporía. Cuanto más se justifica por proteger a la persona, más se erosiona su fundamento, por lesionar la autonomía que también es constitutiva de la persona.

Aunque no es una meta explícita del trabajo de Garzón Valdés, su análisis permite reflexionar acerca de la posibilidad de conciliar, aunque sea parcialmente, la perspectiva liberal con la existencia de un Estado Social de Derecho en el marco de las medidas que pretenden cuidar a los individuos<sup>129</sup>. Esto podría traducirse en la pregunta acerca de si es posible que el Estado proteja a los individuos a partir de intervenir en sus vidas y aun así mantener una visión del individuo como plenamente libre y autónomo. Mientras que el liberalismo apunta a minimizar el accionar del Estado, aspira a que este “deje hacer” e incentiva el ejercicio de las libertades individuales, el Estado Social de Derecho enfatiza en la protección *activa* de los derechos individuales y sociales de manera tal que pueda garantizarse un mínimo de calidad de vida. El contraste radica en la acción y el compromiso estatal más que en la forma de entender al individuo, aunque indefectiblemente repercute en la concepción antropológica sobre este último<sup>130</sup>. ¿Son compatibles el paternalismo jurídico y la visión liberal del concepto de persona?

Para definir al paternalismo podemos mencionar que existe al menos un sujeto (ya sea un individuo o un colectivo como el Estado) que interfiere en las conductas de las personas. Sobre las personas, las medidas pueden recaer de manera general o individual. Esta interferencia tiene como objeto evitar algún tipo de daño que el mismo sujeto pudiera llegar a infringirse y responde a un

---

<sup>129</sup> Cfr. Alemany, Macario (2007). “Breve nota sobre la idea de «paternalismo» en la obra de Ernesto Garzón Valdés” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, pp. 35-38.

<sup>130</sup> Estas características y otras que ameritan una explicación más extensa pueden ser extraídas de Muñoz, Jaime Rodríguez-Arana. (2015). “Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales”. *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(2), 31-62; Espinoza de los Monteros Sánchez, Javier (2008). “Estado social (de derecho) en México: una óptica desde el garantismo jurídico-social”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9, 2008, pp. 61-83; Bermúdez Bueno, William y Morales Manzur, Juan Carlos (2012). “Estado Social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991”. *Cuestiones Políticas* Vol. 28. N° 48, enero-junio 2012, IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; pp. 51 – 77; Marín Castillo, Juan Carlos y Trujillo González, José Saúl. (2016). “El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar”. *Revista Jurídica Derecho*, 3(4), pp. 53-70.

principio negativo (solo se interviene en casos excepcionales; en los restantes, prevalece la autonomía del individuo). En este último punto es donde debemos marcar una primera distinción:

1) Por un lado, el interventor (individual o colectivo) procura lograr un mejor estado de cosas o, al menos, un estado que no sea peor que el anterior, a partir de evitar que las personas que conviven en una sociedad se lesionen entre sí. En otras palabras, la interferencia tiende a evitar el daño a terceros. Ejemplos de este tipo de intervenciones los podemos encontrar en las diversas ramas del ordenamiento jurídico, especialmente en el Código Penal, donde existen penas para conductas como el homicidio, lesiones a terceros, violaciones a la propiedad, a la integridad sexual, etc. Por ejemplo, el Código Penal argentino sanciona el homicidio, es decir, cuando un sujeto mata a otro, pero no penaliza el suicidio<sup>131</sup>.

2) Por el otro, el interventor (individual o colectivo) intenta evitar que una persona se lesione a sí misma, es decir, la interferencia ocurre no para *armonizar* planes de vida de distintos individuos, sino que se aplica para *corregir* uno en particular. Un caso claro es el enunciado en el capítulo anterior respecto de la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad al momento de conducir un automóvil. Allí el Estado interviene activamente para imponer un curso de acción obligatoria que evite un daño al propio conductor del vehículo. El Estado deja a un lado la voluntad putativa del individuo (conducir sin colocarse el cinturón) para evitar que sufra un daño para su salud. Para protegerlo, entonces, viola su autonomía.

---

<sup>131</sup> Esto, en realidad, puede deberse a diferentes razones más que a un plan anti-paternalista. Por ejemplo, si el sujeto logra culminar el suicidio, la sanción es imposible ya que individuo habría muerto. Si no muere en su intento, suele entenderse que, en todo caso, existe una patología en virtud del desprecio a la vida. Por ello, en lugar de ser una conducta típica penal, en todo caso puede ser una temática médica. Cfr. Fontán Balestra, Carlos (2008). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2008.

El primero de los casos no genera mayores problemas puesto que no es paternalista (aunque pueden presentarse muchos puntos para debate como, por ejemplo, hasta dónde el interventor puede regular la conducta de los sujetos, cuál es el límite entre resolución de conflictos y la expropiación del conflicto de la víctima<sup>132</sup>, etc.). En cambio, el segundo, que parte de la idea de que es posible diferenciar cuáles son los actos que conciernen únicamente a un individuo, es el que reviste importancia para esta tesis.

Las medidas paternalistas jurídicas son aquellas en las que se actúa en función de que algo no ocurra en contra del obligado. Solo el receptor de la medida paternalista se vería beneficiado<sup>133</sup> o no perjudicado. Sobre la cuestión del no perjuicio, volveré más adelante en este apartado y en el siguiente volveré sobre la relación con los tipos de intereses que pueden ser relevantes para su determinación.

En relación con lo antedicho, Dworkin define al paternalismo como la interferencia justificada en la libertad de acción de una persona que contribuye al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona intervenida. Además, agrega que implica el uso de la coerción o la fuerza para obtener un bien que no es reconocido como tal por los beneficiarios.

Una característica clave, entonces, es que una medida es paternalista solo si existe una violación de la autonomía de la persona, es decir, involucra un desplazamiento del poder de toma de decisiones (ya sea porque se evita que los

---

<sup>132</sup> La expresión “expropiación del conflicto de la víctima”, en el ámbito jurídico, se utiliza para referir al fenómeno por el cual el derecho penal excluye a quien ha sido víctima y, por lo tanto, damnificado/a por un delito del proceso penal que lo juzga. Es decir, la víctima no es parte de los juicios en los cuales se juzga al delincuente que ha lesionado su bien valioso (por ej. la vida, la propiedad, la integridad física, etc.). Si la víctima quisiera ser parte, debe contratar un/a profesional y constituirse en querellante. A su vez, las facultades de los querellantes son limitadas frente a las de los fiscales que son quienes acusan e instan un juicio. Además de ello, si la víctima no se ha sentido agraviada por el ilícito tampoco es importante. Supongamos que una persona que ha sido acuchillada no quiere acusar a su agresor. Su preferencia no tiene relevancia; la acusación procede igual. El conflicto entre el agresor y la víctima ha sido “expropiado” por el Estado.

<sup>133</sup> Hablar de “beneficio” no es completamente adecuado puesto que el paternalismo jurídico parte de la idea de evitar un perjuicio y no de señalar un curso de acción beneficioso o bueno o más perfecto. No obstante, aquí se menciona este término porque más adelante también se pondrá en duda si la evitación de un perjuicio no constituye un beneficio en sí mismo.

individuos hagan lo que habían decidido o porque se interfiere en el modo en que deciden).<sup>134</sup> Dworkin brinda diversos ejemplos y explica que, a veces, la clase de personas de cuyo bien (no daño) se trata no siempre es la misma que la clase de personas cuya libertad es restringida. Esto último proporciona un criterio para distinguir entre:

- 1) Paternalismo “puro”: en él, la clase de personas cuya libertad es restringida es la misma que la clase de personas cuyo beneficio (o no perjuicio) se pretende promover con las restricciones (por ejemplo, exigir a los pasajeros de un vehículo llevar puesto el cinturón de seguridad).
- 2) Paternalismo “impuro”: en él, al tratar de proteger el bienestar de una clase de personas, se restringe, la libertad tanto de los beneficiarios como la de otros individuos (por ejemplo, cuidar la salud de los fumadores a partir de prohibir la venta de cigarrillos o bebidas alcohólicas a los comerciantes)<sup>135</sup>.

Como puede notarse, aquí hay una diferencia en la definición de “paternalismo” entre Garzón Valdés y Dworkin. Este último reconoce que, para cuidar los intereses de un individuo, su libertad sea *mediatamente* restringida por la coerción ejercida sobre un tercero. En definitiva, el interferido y el beneficiario no coinciden. Este supuesto es un aporte interesante a la definición de paternalismo, ya que, aunque el destinatario del beneficio/no perjuicio puede diferir de aquel a quien se impone la medida, ello no implica que la acción deje de ser paternalista. De hecho, este tipo de regulaciones son sumamente frecuentes. Por ejemplo, recientemente, en la provincia de Río Negro (Argentina) se ha prohibido por ley que en las góndolas cercanas a las cajas registradoras de los supermercados o en otros lugares de circulación obligatoria (como la entrada y la salida) se exhiban golosinas u otros alimentos azucarados con el fin

---

<sup>134</sup> Dworkin, Gerald (1983). “Paternalism” y “Paternalism: some Second Thoughts”. Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 19-34 y 105-112.

<sup>135</sup> Dworkin, “Paternalism”...

de evitar conductas compulsivas o que vayan en contra de la salud alimenticia<sup>136</sup>. Más allá de quién es el sujeto normativo (o sea, a quién se destina la norma, a quién obliga, permite o prohíbe que realice algo), la clave está en que se desplaza de su autonomía a alguien para evitarle un perjuicio.

Otro aspecto que me interesa traer a colación es que Dworkin habla de lograr un bien u obtener un beneficio. No obstante, aquí se sostiene que el paternalismo jurídico pretende *solo* evitar un daño (aunque ello quizás pueda ser concebido *indirectamente* como un beneficio). El problema, según lo que propongo en esta tesis, se produce porque, para evitar ese daño, el paternalismo jurídico lesiona la autonomía. En pocas palabras: se cambia un daño por otro.

Por su parte, Feinberg señala que el paternalismo jurídico justifica la intromisión estatal en pos de tutelar a los individuos contra el daño auto provocado o para guiarlos hacia su propio bien.<sup>137</sup> Conforme con ello, distingue dos tipos de paternalismo: uno que pretende evitar daños y otro (el “paternalismo extremo”) que promueve beneficios. En términos generales, si bien desarrolla ambos tipos de paternalismo, pareciera inclinarse por el primero como característico del paternalismo jurídico.<sup>138</sup>

Los daños auto-infligidos pueden ser producidos por el sujeto contra sí mismo o por otras personas con el consentimiento del afectado. Para ilustrar esto, puede usarse la distinción entre el suicidio cometido por propia mano y el

---

<sup>136</sup> Ley provincial [Río Negro, Argentina]. Ley 5383. Prohibición de exhibir y vender alimentos con alto contenido de azúcar en las proximidades de las cajas registradoras de los supermercados. Sancionada el 2 de agosto de 2019. Boletín Oficial, 15 de agosto de 2019. Un trabajo interesante que analiza las medidas paternalistas jurídicas en el ámbito de la alimentación saludable y que, por lo tanto, analiza casuística y el cumplimiento de requisitos es O’Neill De La Fuente, Cecilia (2013). “Paternalismo jurídico y alimentación saludable”. *Advocatus*, N° 29, pp.109-126.

<sup>137</sup> Cfr. Feinberg, Joel. (1983). “Legal Paternalism”. Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 3-18.

<sup>138</sup> Cfr. Alemany García, Macario (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis de doctorado. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, p. 147 Al respecto, este autor menciona que Feinberg señala que, como principio del derecho penal, podría sostenerse que siempre es una buena y relevante razón en apoyo de una prohibición que esta evitará un daño al destinatario de la prohibición. Ver Feinberg, Joel. (1986). *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press, p. 6.

suicidio asistido<sup>139</sup>. Un caso famoso de suicidio asistido fue el del Ramón Sampetro, aquejado con una tetraplejía que impedía que pudiera acabar con su vida por sus propios medios. Por esta razón, peticionó judicialmente para que se lo ayudara a morir, pero la respuesta fue negativa. Finalmente, con la colaboración de algunos allegados, tomó cianuro y falleció. De esta forma, la asistencia al suicidio implica una conducta activa de quien colabora con el que va a morir y, por ello, también se lo conoce como “eutanasia activa”<sup>140</sup>. Como se mencionó en una nota al pie páginas atrás (nota nº 131), el suicidio no suele ser castigado porque, si ha resultado exitoso, el sujeto habría muerto. Sin embargo, sí suele tipificarse la *asistencia* al suicidio como un homicidio. Esto muestra la irrelevancia del consentimiento para la disposición de la vida.

En este último caso, es decir, cuando el consentimiento de una de las partes a la acción de las otras no alcance para autorizar, es decir, cuando es normativamente irrelevante, entonces se está ante un caso de paternalismo. En definitiva, el derecho impide que una persona logre lo que quiere bajo el pretexto de conocer mejor que ella lo que es por su propio “no perjuicio”. Entonces, el paternalismo tiene lugar dado que, a pesar de que el castigado es otro sujeto, se invoca el beneficio de un protegido.<sup>141</sup>

Aquí es interesante señalar que, además de que el interventor se arroga la posibilidad de anular el consentimiento del sujeto, también realiza una jerarquización de los daños. Por ejemplo, pensemos en que un individuo no puede consentir que se lo lesione (dejo de lado aquí la gradación de las lesiones que realiza, por ejemplo, el Código Penal argentino, que deriva en distintas vías sobre la clase de acción penal). Así, supongamos que la Sra. X consiente que se le extirpe una mano en un ritual religioso. Su voluntad de que se le realice la

---

<sup>139</sup> Cfr. Feinberg, Joel (1985). *Offense to Others*. Nueva York: Oxford University Press.

<sup>140</sup> Ello a diferencia de la eutanasia pasiva que implica retirar los medios que mantienen a una persona con vida. Por ejemplo, en Argentina, se permite que el paciente rechace tratamientos que prolonguen artificialmente su vida cuando padece una enfermedad terminal. Respecto de cómo se ha llegado a esta ley puede consultarse Alonso, Juan Pedro; Villarejo, Agustina; Brage, Eugenia (2017). “Debates parlamentarios sobre la muerte digna en Argentina: los derechos de los pacientes terminales en la agenda legislativa, 1996-2012”. *História, Ciências, Saúde*. 24, 4, octubre-diciembre, pp.1031-1048.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 9

amputación no elimina el delito cometido. No obstante, si la misma Sra. X, también en el marco de los mismos rituales fanáticos y que obnubilan su razón, concurre a la peluquería y se le corta parte de su pelo (que, al fin y al cabo, es un tejido), el Estado no parece tener interés en regular dicha acción. Puede que no sea por el daño en sí mismo, sino por la irrelevancia del daño en general que significa cortar el cabello. De hecho, aun cuando la Sra. X quisiera hacer una denuncia penal por la lesión sufrida, es claro que ningún órgano estatal le prestaría atención. De esta manera, aquí ocurre que el interventor tiene la potestad de usurpar la capacidad de tomar decisiones y de definir qué es un daño y qué daños ameritan su intervención (y, por ende, cuáles no).

Además de lo antedicho, Feinberg agrega una distinción entre dos tipos de paternalismo<sup>142</sup>:

1) el paternalismo presumiblemente censurable, que consiste en tratar a adultos como si fueran niños. A su vez, este se puede subclasificar en:

1a) paternalismo benevolente: el curso de acción obligado es por su propio bien; y

1b) paternalismo no benevolente: por el bien de otras partes de manera arbitraria e innecesaria y sin importar la voluntad de los involucrados.

2) el paternalismo presumiblemente no censurable, que consiste en proteger a quien está en una situación de vulnerabilidad contra los daños que podrían cometer contra sí mismos, si dicha protección no ha sido consentida por los involucrados<sup>143</sup>.

Luego de realizar esta clasificación, Feinberg se refiere únicamente al 1a) como “paternalismo jurídico” como forma de legislación penal. No obstante,

---

<sup>142</sup> Estas denominaciones son traducciones de Alemany, *El concepto y la justificación...* El original usa los términos 1) Presumptively blamable paternalism, 1a) benevolent paternalism; 1b) non benevolent paternalism; 2) Presumptively non blamable paternalism. Ver. Feinberg, *Harm to Self*, p.5.

<sup>143</sup> Ibidem, pp. 5-6

admite la existencia de un paternalismo no coactivo en el ámbito jurídico y, también, en otros ámbitos (por ejemplo, otorgar ayudas en especie, como un vale intercambiable por comida para evitar que, si se diera dinero en efectivo, el sujeto pudiera comprar otros bienes innecesarios y no saciar su hambre).<sup>144</sup>

Por otro lado, Feinberg clasifica el paternalismo en “duro” y “blando”<sup>145</sup>. El paternalismo duro justifica la legislación penal porque es necesaria para proteger adultos competentes contra su voluntad por las consecuencias dañosas de sus propias decisiones. En cambio, el paternalismo blando insiste en que el Estado prevenga una conducta auto-dañina si es involuntaria o cuando sea necesaria una intervención temporal para evaluar si es voluntaria. La finalidad, en este último caso, no es la protección contra el daño como tal, sino la ayuda a implementar la voluntad real del afectado. Como hemos visto en el capítulo 1 al comentar las ideas de Berlin, el concepto de “voluntad real” es problemático, puesto que puede legitimar regímenes autoritarios o totalitarios.

### **3. El no perjuicio y la frustración de intereses. ¿Disolución de la aporía?**

En el apartado anterior se ha hecho referencia a la idea de no daño. Para definir qué significa, resulta interesante el aporte de Feinberg en relación con los distintos tipos de intereses, ya que podría ser una noción útil para superar la aporía.

Feinberg sostiene que existen tres sentidos de “daño”:

1) en un sentido derivado: cuando se menciona que algo, una cosa, ha sido dañada. En realidad, se intenta explicar que el dueño de la cosa ha sido dañado.

2) en un sentido genuino: cuando se intenta señalar que se ha frustrado un interés, es decir, la expectativa de una persona por algo.

---

<sup>144</sup> Ibidem, p. 16

<sup>145</sup> Ibidem, pp.12-16

3) en un sentido normativo: cuando una persona agravia<sup>146</sup> a otra cuando su indefendible conducta viola los derechos de otros e interfiere en sus intereses.

147

Como puede notarse, el sentido genuino, o sea, el 2), descansa sobre la definición de interés. La medición de la relevancia de los intereses es una temática que, a su vez, ha dado lugar a múltiples debates. Por lo pronto, Feinberg se concentra en dos estándares:

1) los objetivos últimos de un plan de vida, como, por ejemplo, alcanzar una reputación de excelencia, escribir una gran obra, etc.

2) los medios para lograr los objetivos (a los que llama “intereses de bienestar”), como querer gozar de salud, tener un aspecto correcto, tener un ámbito de libertad, etc.<sup>148</sup>

Feinberg continúa por preguntar si es posible que un individuo dañe sus propios intereses, ya que si fuera así pareciera que no habrían sido verdaderamente *intereses*. No obstante, menciona que la relación entre intereses y lo que alguien quiere suele ser compleja. La explicación que da al respecto podría llegar a salvar el escollo que da lugar a esta tesis o, al menos, a aminorar el problema de la aporía que aquí planteamos.

Feinberg sostiene que lo que promueve los intereses de bienestar (o sea, los incluidos en 2) es bueno para una persona *en cualquier situación*. Por ejemplo, el interés en la salud es un interés aún si el individuo desea tener mala salud. La salud y la vida son bienes básicos y son medios para el ejercicio de la voluntad.

Así, los intereses de bienestar son medios para conseguir los objetivos últimos de un plan de vida (por ejemplo, el no tener problemas graves de salud

---

<sup>146</sup> El término “agravio” es el elegido por Alemany para traducir “wrong”, que es el usado en el escrito originario de Feinberg. Este término parece ciertamente más adecuado que otras posibles traducciones. Ver Alemany, *El concepto y la justificación...*, p. 161

<sup>147</sup> Feinberg, *Harm to Others*, p. 34

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 33-34

ciertamente colabora para poder escribir una gran obra literaria). En ese marco, no toda intromisión paternalista genera un daño en términos generales (aunque sí se resigna la autonomía en un momento particular). Por ejemplo, que forzosamente alguien sea internado para ser atendido por médicos genera una privación de su libertad de circular o permanecer en su hogar, pero salvaguarda su elección en relación con el objetivo de su plan de vida. Para que el daño ocurra, entonces, el interés tiene que estar vinculado con un propósito de largo alcance, tiene que tener cierta estabilidad y tiene que ser realizable. Una experiencia no querida que no frustré objetivos últimos podría ser una ofensa, pero no un daño.

En cuanto a los intereses, Feinberg menciona que podemos encontrar de diversos tipos, pero a los efectos de analizar el paternalismo jurídico justificado interesan aquellos que son de bienestar y que se caracterizan por ser 1) mínimos, es decir, que se satisfacen con lo necesario; 2) estables y perdurables, es decir, que no cambian permanentemente, 3) vinculados entre sí y, finalmente, 4) que son meramente instrumentales. Ejemplos de ello son el interés de vivir, tener salud, tener recursos económicos, etc.<sup>149</sup>

Un acto que crea riesgos o que es moralmente injustificable es un *agravio* o una ofensa. Si a estas características se agrega que el acto frustra un interés, entonces, es un *daño*. Cuando el sujeto que actúa y el que recibe el perjuicio es uno y el mismo, se puede dar una de dos situaciones: un daño auto-infligido (es un daño pero no un agravio debido a la validez de la máxima *volenti non fit injuria*) o el principio paternalista que considera que sí es posible que el individuo se dañe y agravie a sí mismo.<sup>150</sup>

Una forma de justificar el paternalismo es aceptar que, si se juzgaran las acciones y los daños en torno a una vida, en el largo plazo las intervenciones no serían tan lesivas. La acción paternalista, si es exitosa, sirve a los intereses *mediatos* del individuo. Daña el interés en la libertad *inmediata*, pero, si se evita el daño a otros intereses que podrían ser más valiosos, entonces, la acción

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp.43-47.

<sup>150</sup> *Ibidem*, pp.105-112

paternalista puede ser globalmente considerada no (tan) perjudicial. Por ello, Feinberg sostiene que desmiente la posición liberal que parte del principio de que no existe el auto-daño.<sup>151</sup> Para Feinberg, el auto-daño sí podría existir y sí podría legitimarse el paternalismo jurídico. En breve brindaré un ejemplo.

Como puede notarse, esta explicación podría disminuir la aporía presentada en esta tesis. En efecto, pareciera que el paternalismo jurídico podría llegar a intervenir en el curso de acción de un individuo para protegerlo sin dañar su autonomía. De hecho, podría llegar a salvaguardarla. Ahora bien, estimo que esta idea no deja de ser problemática puesto que deja en manos del Estado la decisión respecto de cuáles son los objetivos últimos del plan de vida de un sujeto y, también, deja en sus manos la tarea de evaluar si la decisión del individuo implica una renuncia a aquel objetivo último. Pensemos un ejemplo.

Supongamos que la Sra. Z sueña con elaborar una escultura deslumbrante que sea la coronación de su trayectoria como artista plástica. Esta es su meta última. No obstante, lleva años sin lograr estar satisfecha con su trabajo. También disfruta, de tanto en cuanto, tener experiencias de riesgo. Por esta razón, decide realizar una excursión donde puede alimentar cocodrilos. Claramente la actividad es sumamente riesgosa para cualquier individuo, ya que podrían perder una de sus manos o dedos. Para la Sra. Z no solo sería una afectación a su integridad física sino, también, la resignación de su sueño vital. Ella es consciente de esto y aun así decide correr el riesgo. De hecho, quiere desistir de su obra maestra porque siente un gran cansancio y no ha logrado nada relevante en los últimos años. Supongamos que el Estado –que de alguna manera está al tanto de todo esto– prohíbe el ingreso de la Sra. Z a cualquier lugar donde pueda alimentar animales que puedan provocarle daños en sus manos. El fundamento es que su ánimo de aventura es transitorio y que la Sra. Z seguramente se arrepentirá de haber desistido de su plan vital. ¿Podría esto ser correcto? Si bien el argumento de Feinberg es interesante en pos de superar la paradoja, creo que aún no la resuelve pues otorga un enorme poder al interventor y deja al individuo supeditado a los criterios estatales. Persiste aún

---

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 78

un desplazamiento significativo del individuo de su autonomía bajo el argumento de restituir la voluntad real.

#### **4. Las medidas paternalistas en relación con la casuística y la función moralizante del derecho**

Un aspecto clave del paternalismo, conforme con lo dicho antes, es que la intervención del Estado sobre las conductas de los individuos se da de manera *activa* para evitar un perjuicio a los propios sujetos intervenidos. De hecho, esta es una característica del Estado Social de Derecho.

El Estado Social de Derecho podría caracterizarse como una concepción de la organización de la acción estatal y de la programación de sus acciones en torno a fines que conduce al cuidado de los ciudadanos y residentes de propio Estado. Así, por ejemplo, el Estado Social argentino suele ser descrito a partir de las medidas que incorpora la Constitución Nacional de este país en el artículo 14 bis<sup>152</sup> que, en su último párrafo, incluye medidas como un seguro social, la vivienda de familia y obligaciones activas para el Estado respecto de la protección de la vivienda, etc. No obstante, también se pueden plantear muchos otros casos, como la prohibición de la comercialización de estupefacientes (la prohibición de su venta protege a los ciudadanos del perjuicio de su consumo)<sup>153</sup>, la imposición del uso de cinturones de seguridad en los automotores y el uso de

---

<sup>152</sup> Este dice: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

<sup>153</sup> Como hemos visto en el capítulo 1, en Argentina, solo la comercialización sería penalizada y no el consumo personal. De esta manera, la restricción recae sobre terceros.

cascos para conducir motocicletas (que protegen de los daños derivados de un accidente), la obligación de hacer aportes jubilatorios o a servicios de seguridad social (que reducen la posibilidad de no quedar sin sustento tras dejar de trabajar a causa de la edad o infortunios), las disposiciones sobre la incapacidad jurídica de personas con problemas mentales, pródigos, alcohólicos o drogadictos (que procuran evitar daños patrimoniales, personales, etc.), entre otras<sup>154</sup>.

Dworkin realiza una enumeración de casos propios de la realidad estadounidense en la cual incluye:

1. Exigencias a los conductores de motocicletas de llevar puesto el casco al conducir;
2. Prohibiciones a los bañistas de adentrarse en el mar en una playa si los socorristas no están de guardia;
3. Sanciones penales al suicidio;
4. Prohibición del trabajo de mujeres y niños en ciertas clases de empleo;
5. Regulación de prácticas sexuales que se lleven a cabo en privado, como relaciones homosexuales entre adultos;
6. Regulación del uso de drogas que puedan ser nocivas para las personas pero que no producen conductas antisociales;
7. Exigencia de licencia para ejercer ciertas profesiones;
8. Obligación a los individuos a aportar a un sistema de seguridad social;
9. Prohibición de diversas formas de juego;
10. Regulación de los topes que pueden cobrarse por intereses por préstamo; y
11. Prohibición de los duelos.

Además de estos ejemplos, Dworkin agrega otros ejemplos se dificulta que las personas puedan desarrollar sus planes de vida. Por ejemplo, cuando existen:

---

<sup>154</sup> Ver Garzón Valdés, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”

1. Leyes que regulan los tipos de contrato que pueden ser respaldados como válidos por los tribunales;
2. La imposibilidad de alegar como eximente, frente a las acusaciones de agresión u homicidio, el consentimiento de la víctima;
3. Exigencias a los miembros de ciertas religiones para que reciban transfusiones de sangre;
4. Procesos civiles de internación para evitar daños a sí mismo;
5. Prohibiciones de poner fluoruros en el suministro de agua.<sup>155</sup>

Vale la pena detenerse en un caso que suele ser caracterizado como paternalista pero que, a juicio de Dworkin *no* lo es: la legislación que limita la jornada laboral de los empleados. Este autor explica que se ha sostenido que si los empleados hubieran deseado la respectiva restricción podrían haberlo acordado entre ellos, pero, como no lo han hecho, ha sido la sociedad la que ha limitado coactivamente la cantidad de horas laborables en pos de los intereses de los trabajadores. En contra, Dworkin señala que existen acuerdos aceptados por todos: los trabajadores que consideran que sus reclamos deben llevarse adelante de manera colectiva como el único medio para lograr beneficios. Por ejemplo, si un empleado pudiera pactar por separado un salario menor y mayor carga horaria laboral que las que acordarían quienes acatan el convenio colectivo, la fuerza gremial disminuiría notablemente. En este caso, la obligatoriedad de la medida no estaría pensada para evitar un perjuicio para un individuo en particular sino, más bien, para evitar un perjuicio para un grupo más amplio al cual forzosamente se hace pertenecer al individuo.

Al margen de la discusión sobre si el ejemplo anterior se trata o no de una medida paternalista, aquí interesa destacar la dificultad de deslindar los intereses individuales de los colectivos. En este caso, igualmente existe un perjuicio para el sujeto que no está de acuerdo, pero en pos de fortalecer el proceso de negociación colectiva se puede obviar su posición. Como puede

---

<sup>155</sup> Cfr. Dworkin, “Paternalism”...

verse, la posición es igualmente problemática. No es paternalista en el sentido tradicional (se desplaza al sujeto de su autonomía para evitarle que se dañe), pero sí de otra manera (se desplaza al sujeto porque, como miembro de un grupo, su acción podría dañar a otros indirectamente y también a sí mismo). Nuevamente, el caso que discute Dworkin tiene un condimento paternalista, pero también muestra la necesidad de encontrar un criterio para distinguir cuándo una acción afecta los intereses de terceros de manera que sea relevante para justificar las medidas paternalistas jurídicas.

Feinberg, por su parte, se preocupa por demostrar que algunas de las medidas no son paternalistas ya que, en realidad, se basan en razones que no implican evitar un daño. Para verificar los motivos, recurre a los fundamentos de las leyes. Como conclusión, discrepa con parte de la casuística de Dworkin, por ejemplo:

- señala que la prohibición de la práctica homosexual de adultos en privado no es paternalista porque no hay preocupación por el bienestar de los involucrados, sino más bien la consideración de ciertos actos como contrarios a la naturaleza, inmorales, etc.
- tampoco sería paternalista la prohibición de los duelos ya que la mayoría estaría de acuerdo con erradicar esta forma de defender el honor.
- no serían paternalistas las medidas de seguridad social porque apuntan al bienestar de los beneficiarios. No obstante, existe la duda respecto de otro posible fundamento que es la compulsión contra los que no quieren contribuir a dicho sistema ya que ello afectaría a la mayoría interesada (serían entonces paternalistas respecto de la minoría).<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> Feinberg, *Harm to Self...*, p. 17

Como seguramente ya puede atisbarse, el paternalismo jurídico implica una opción (en el caso del Estado Social, de carácter político) que tiende a proteger a un individuo cuya conducta pueda producir un daño para sí mismo únicamente. Esto se logra a partir de desplazar al individuo de su autonomía.

En cuanto a en qué casos procede una medida paternalista, existen algunas características que son claves:

- a) el individuo destinatario de la medida paternalista no la consiente y hasta es posible que la rechace en el momento de su aplicación (retomaremos el consentimiento en los próximos dos apartados);
- b) la decisión paternalista es tomada por un sujeto distinto al receptor y que se encuentra en mejores condiciones para detectar qué es lo menos lesivo para el destinatario. Este interventor actúa para evitar que el sujeto se dañe, pero no debe generar un modo de vida virtuoso (esta fina diferencia –a veces, casi imposible de establecer– es la que separa al paternalismo jurídico del perfeccionismo).

Conforme con lo dicho en el último párrafo, aparece otro inconveniente a sortear: la función moralizante que puede cumplir el orden jurídico al momento de determinar qué es un daño, cuál es el mejor estado de cosas o cuál el menos lesivo. La resolución de este problema representa incluso una mayor dificultad que la del paternalismo. Como aporte para una solución, Garzón Valdés señala que se debe dejar de lado provisoriamente la cuestión del “moralismo jurídico” y que es posible adherir a una moral positiva definida desde el punto de vista interno<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> Sobre el punto de vista interno, ver Hart, Herbert L.A. (1961). *El Concepto de Derecho*. Carrió, Genaro (traductor). 2° ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Hart concibe al Derecho como un conjunto de reglas que, para ser descriptas, pueden ser abordadas desde dos perspectivas: la externa y la interna. La primera se basa en la posibilidad de que un observador externo pueda describir la regularidad de conductas mientras que la segunda apunta al componente normativo, es decir, desde la mirada de alguien que acepta, participa y practica las respectivas normas. Un trabajo que analiza minuciosamente las características, fortalezas y problemáticas de estos dos puntos de vista en la teoría hartiana, así como su inspiración en la teoría social, es Delgado, Serrana (2019). “El punto de vista en la Teoría del Derecho”. *Revista de Derecho (UCUDAL)*. Año 15. N° 19, pp. 143-155

No obstante lo dicho en este último párrafo, el rol de la moral no es menor y tampoco fácilmente separable, ya que es parte del fundamento de por qué alguien puede intervenir sobre la vida de un sujeto. Para aportar claridad, retomemos una de las características del paternalismo jurídico enunciadas al final del apartado anterior, esto es, la existencia de un interventor que, para evitar un perjuicio al destinatario, toma decisiones (y que, aparentemente al menos, se encuentra en mejores condiciones para ello). Estas notas dan lugar a dos preguntas que son centrales:

- 1) ¿Por qué alguien tiene el derecho (o, incluso, el deber) de intervenir en la vida de otro y este otro tiene el deber de obedecer la decisión tomada por el primero? Esta pregunta apunta *directamente* a la legitimidad de la autoridad.
- 2) ¿Por qué alguien está en mejores condiciones que otra persona (y, de hecho, mejor que el receptor de las medidas paternalistas) para decidir sobre la vida del destinatario de las medidas? Este interrogante apunta *indirectamente* a la legitimidad de la autoridad ya que, más allá de que exista la potestad de establecer un curso de acción obligatorio, se cuestiona quién puede detentar dicho poder normativo o qué requisitos debe cumplir para ejercerlo.

## **5. El consentimiento y las competencias básicas**

Hasta aquí hemos mencionado algunos elementos del paternalismo jurídico vinculados principalmente con la concepción del daño. En este y el próximo apartado vamos a dedicarnos a otra cuestión, que tiene que ver con la “usurpación” de la toma de decisiones: ¿qué ocurre con el consentimiento? ¿Pueden consentirse las medidas paternalistas? Si se respondiera afirmativamente esta última pregunta (algo muy frecuente en los intentos de legitimar el paternalismo jurídico), hay que discutir cuáles son los requisitos para considerarlo *válido*. Ahora bien, es posible también responder de manera negativa y subrayar la irrelevancia de la discusión sobre el consentimiento en materia de paternalismo ya que, cuando se da uno, el otro desaparece y

viceversa, es decir, la coexistencia efectiva de paternalismo y consentimiento es imposible. Finalmente, cabe traer a colación qué ocurre, en términos democrático-representativos, cuando se asume que alguien, aunque rechace una medida, podría (si fuera “más racional”) aceptarla, esto es, un paternalismo que aspira a no serlo.

En primer lugar, para poder pensar en la legitimidad de la intervención de un tercero en las conductas que solo lesionarían al sujeto actuante, es necesario reconocer la posibilidad de infringirse un daño a sí mismo de manera *voluntaria*. Si se admite que esto es posible, entonces, las medidas paternalistas pueden tener sentido. En relación con las instancias en las que alguien podría auto-dañarse, el criterio debe ser restrictivo y debe fundarse en la carencia de ciertas competencias básicas. De esta manera, por defecto, se destaca el principio de la libertad individual.

Dworkin sostiene que, si bien hay casos en los que es racional consentir interferencias del legislador en la propia esfera de autonomía para armonizar la convivencia en una sociedad, también es posible *desconfiar* de aquellas intervenciones que recaen sobre conductas lesivas autorreferentes. Así, la aplicación de medidas paternalistas tiene que cumplir dos principios:

- 1) Principio de la prueba: se debe probar de manera clara y rigurosa los efectos dañinos que han de ser evitados o las consecuencias benéficas que han de ser obtenidas y la probabilidad de que una u otra cosa se consiga; y
- 2) Principio de la medida menos gravosa: entre todas las medidas posibles, se debe demostrar que se ha optado por aquella menos restrictiva para la libertad del individuo.<sup>158</sup>

Lo segundo a considerar en materia de legitimidad de la intervención paternalista es que el sujeto no tiene las competencias necesarias para, efectivamente, tomar la decisión de manera adecuada (lo cual, claramente,

---

<sup>158</sup> Cfr. Dworkin. “Paternalism”...

viciaría la voluntad y convertiría al acto en uno no derivado de la plena autonomía del individuo). El consentimiento, para ser válido, debe ser otorgado por un sujeto que debe ser plenamente competente para decidir.

Aquí es donde aparece algo relevante para destacar en el contexto de nuestra discusión: si el sujeto no tiene las competencias para resolver en pos de su propio bien o de su menor perjuicio o, al menos de manera coherente con sus intereses, entonces, tampoco podría hacerlo en pos de su propio mal. Es decir, no puede voluntariamente dañarse porque, a raíz de su incompetencia básica, no comprende cuál es la mejor o peor decisión en términos de auto-lesividad. Dicho de otra manera, si no puede consentir la medida paternalista es porque se carece de las competencias básicas para comprender qué es lo menos lesivo y, en el sentido contrario, tampoco lo que es lo peor. Por lo tanto, esta primera visión del consentimiento elimina la posibilidad de un daño cometido de manera voluntaria por falta de competencias. En efecto, la voluntad está viciada en ambas direcciones. Lo trágico de este aspecto es que el paternalismo jurídico siempre reduciría al sujeto receptor de la medida a la condición de objeto desprovisto de voluntad. Esta idea es clave para comprender lo que se intenta postular en esta tesis: si se entiende que la autonomía es una característica esencial de la persona y esta característica está ausente cuando aparece una intervención paternalista, aun cuando el paternalismo jurídico procure *proteger* al individuo, en los hechos *lesiona* parcialmente a la persona. Esto por cuanto *necesariamente* el paternalismo jurídico parte de la idea de que el sujeto no puede ejercer correctamente su propia voluntad. Desde el mismo momento en que el paternalismo pretende proteger al sujeto, entonces, lo trata como un *objeto*.

Aun cuando, en diferentes oportunidades se ha mencionado la noción de “competencias básicas”, todavía no he desarrollado en detalle a qué se hace referencia con dicho concepto. La idea de consentimiento futuro o hipotético implica que el sujeto sobre el que recae la medida paternalista no está en condiciones de comprender su alcance. En ese marco, la competencia es la

capacidad para enfrentar racionalmente los desafíos o problemas con los que se enfrenta una persona. Dado que los individuos se desenvuelven en distintos ámbitos, las competencias son relativas a ellos.<sup>159</sup>

En cuanto al calificativo de “básica”, Garzón Valdés menciona que se refiere a aquellas disposiciones que hacen a cuestiones de la vida cotidiana, como la celebración de contratos simples (por ejemplo, comprar golosinas en un quisco), la comprensión de las disposiciones del Código Penal, etc. Ello, en contraste con otras ocasiones en las que se requiere una competencia más amplia, como es el caso de la representación letrada para actuar en un juicio, en tanto, para actuar en dicha instancia se debe contar con conocimientos específicos sobre el derecho vigente y sobre los mecanismos procesales para promover una defensa o un reclamo adecuados. Por ejemplo, el art. 59 del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa requiere de manera obligatoria la actuación de un abogado o una abogada para poder dar curso a cualquier escrito<sup>160</sup>. Esta medida apunta a que el pleno conocimiento del ordenamiento jurídico hace a una defensa o una demanda más eficaz, pero, sobre todo, a evitar que los individuos resignen algunos de sus derechos por falta de conocimiento de cuestiones “técnicas” como, por ejemplo, qué legislación está vigente, cuáles son las herramientas legales que permiten bregar por la protección de un interés, cuáles son los plazos establecidos para hacerlo e, incluso, ante qué autoridad se debe hacerlo. No obstante, en este caso no parece adecuado sostener que el representado carece de competencias básicas, sino que puede carecer de las competencias estrictamente jurídicas.

Por otro lado, Garzón Valdés menciona diferentes situaciones en las que una persona carece de competencias básicas. Entre ellas, en virtud de que señala la necesidad de tener un fundamento objetivo para poder dar lugar a una posible justificación ética de las medidas paternalistas, elige las siguientes:

---

<sup>159</sup> Garzón Valdés, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, p. 165.

<sup>160</sup> Ley provincial [La Pampa, Argentina]. Ley 1828. Código Procesal Civil y Comercial. Sancionada el 3 de diciembre de 1998. Boletín Oficial, 12 de marzo de 1999.

- a) cuando el destinatario de la medida ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (por ejemplo, el desconocimiento de los efectos de ciertas drogas);
- b) cuando la fuerza de voluntad del destinatario de la medida es tan reducida que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (por ejemplo, el caso de un drogadicto o, en el famoso caso literario, cuando Ulises solicita a sus marineros que lo desaten ante el canto de las sirenas)<sup>161</sup>;
- c) cuando las facultades mentales del destinatario están temporal o permanentemente reducidas (por ejemplo, los casos que habilitan la curatela); y
- d) cuando el sujeto receptor de la medida actúa bajo compulsión (por ejemplo, por encontrarse amenazado o bajo el efecto de hipnosis).

Por su parte, Dworkin comenta que las intervenciones paternalistas deben tener un cierto límite en el tiempo. Esto es análogo a lo que ocurre con los niños que, al crecer, eventualmente ven lo acertado (en el mejor de los casos) de algunas de las intervenciones de sus padres. La frontera temporal se basa en un consentimiento futuro. La esencia de esta idea está en que los adultos querrían que algo se hiciera de determinada forma si fueran más racionales. Cuando no son plenamente racionales, son incapaces básicos para algunos aspectos. En estos casos, la intervención paternalista hace lo que ellos mismos

---

<sup>161</sup> Sobre este ejemplo puede consultarse la famosa obra de Elster respecto de la necesidad de desarrollar una teoría de la racionalidad imperfecta. Allí, el autor señala que Ulises era consciente de su debilidad y por ello se provee de un remedio para lograr el mismo fin que si hubiera podido actuar como un ser plenamente racional. Ver Elster, Jon (1989). *Ulises y las sirenas. Estudios sobre la racionalidad y la irracionalidad*. México: Fondo de Cultura Económica. Di Castro ofrece otro ejemplo. Esta autora señala que Ulises habría sido débil pero también consciente de su debilidad. Un caso de un sujeto que es meramente débil es aquel que tiene como meta reunir más dinero por su trabajo y hacerlo de la manera más eficiente posible. No obstante, supongamos que al Sr. X se le ofrece trabajar dos horas por \$100 o 4 horas por \$250. Claramente el segundo esquema es el que mejor se adecua a sus preferencias. A pesar de ello, X opta por el esquema 1 porque prefiere ver un programa de televisión que se transmite en el horario laboral del esquema 2. Dado que prefiere ver los contenidos, su voluntad se debilita y se afecta la racionalidad en la consecución de los fines. Así, la debilidad de voluntad es obrar contra nuestro mejor juicio. Ver Di Castro, Elisabetta (2002). *La razón desencantada. Un acercamiento a la teoría de la elección racional*. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, p.84.

harían si tuvieran las competencias básicas necesarias. Es decir, hace lo que ellos realmente querrían hacer.

Entonces, la incompetencia básica es un elemento necesario, aunque no suficiente, para legitimar éticamente el paternalismo jurídico. No obstante, antes de avanzar sobre el restante elemento (ver el punto 7), me detendré en la idea de consentimiento.

Para continuar con Dworkin, dar consentimiento (incluyendo futuro o hipotético) es la única manera aceptable de justificar un área de paternalismo. Hay casos en que hay consentimiento expreso para que el interventor obligue a actuar de determinada manera en un futuro, pero que no serían casos de paternalismo. No alcanza con un permiso genérico como el que se daría, por ejemplo, cuando el electorado autoriza a los gobernantes, en el marco de la representación política, para resolver problemas y que, luego, esto se traduce en consecuencias desagradables (como, por ejemplo, la creación de un impuesto regresivo). El consentimiento debe darse a medidas *específicas*.

Para poder justificar el paternalismo, Dworkin menciona que hay determinados bienes que cualquier persona querría para perseguir su propio bien. Cualquier individuo competente estaría de acuerdo con que debería promoverse la obtención de esos bienes, aun cuando en el momento de la intervención no sean reconocidos como valiosos por los intervenidos (por ejemplo, la preservación de la vida). Al respecto, Atienza destaca que esta idea descansa sobre el presupuesto de que existe el bien en sentido objetivo y que es plenamente accesible a la mente humana, es decir, que es cognoscible.<sup>162</sup>

No obstante, el problema que puede suscitarse es que el carácter competitivo de ciertos bienes podría generar que no todos los individuos los jerarquicen de la misma manera. Por ejemplo, un testigo de Jehovah, que rechaza una transfusión de sangre, prioriza sus creencias religiosas por sobre su salud. Frente a esta situación, Dworkin contesta que se puede suponer que

---

<sup>162</sup> Atienza, *Op. Cit.*, pp. 209-210.

los individuos completamente racionales aceptarían interferencias paternalistas si hubiesen atribuido un peso irracional a los bienes en juego. Ahora bien, para definir qué es una persona que asigna pesos irracionales a bienes en juego, se introducen dos situaciones:

- 1) errores valorativos: cuando las personas asignan incorrectamente peso a uno de sus valores; y
- 2) debilidad de voluntad: cuando las personas no actúan conforme a sus propias preferencias y deseos.

El caso 2) resulta relativamente sencillo de cara a justificar el paternalismo porque el individuo no discutiría el bien que da lugar a la medida paternalista; de hecho, *está de acuerdo* con él, pero no actúa *conforme* con él (por ejemplo, reconoce el valor del uso del cinturón de seguridad, pero igualmente no lo utiliza). En cambio, en el caso 1), el interventor califica como erróneas las preferencias de un individuo. Las preferencias, sobre todo, están basadas en errores sobre las consecuencias de sus acciones (por ejemplo, alguien que cree que volará si se lanza por un precipicio).

Para Dworkin, hay casos que habilitarían intervenciones paternalistas: cuando un sujeto toma decisiones que introducen cambios irreversibles, cuando las decisiones se toman bajo presiones psicológicas y sociales extremas, o cuando las decisiones tomadas envuelven peligros mal comprendidos o incorrectamente valorados. Sin embargo, estos casos no resultan totalmente claros puesto que, al fin y al cabo, casi cualquier actividad encierra riesgos. La clave es que sigue siendo necesaria una definición de daño que sea objetiva y universalmente aceptable, algo que, a menos desde la perspectiva liberal, no parece fácil de resolver.

Asimismo, Dworkin, en “Paternalism: Some Second Thoughts”, retoma la distinción de Feinberg entre paternalismo “blando” y “duro”. El primero justifica algunos casos de paternalismo y requiere que la persona sobre la que recae la medida sea no competente. El segundo, en cambio, se justifica incluso si la acción fuera voluntaria.

Dworkin considera, además, que hay tres tipos de casos que pueden que parecen justificados, pero en los que los destinatarios no serían incompetentes y, por ello, la justificación del paternalismo blando podría ser puesta en duda. Los respectivos casos son:

1) casos de seguridad: por ejemplo, la obligación de usar casco para circular en moto, los cinturones de seguridad para transportarse en auto, los chalecos salvavidas para navegar en lancha o nadar en aguas peligrosas, etc.;

2) casos que impactan en la vida de un grupo mayor de sujetos, como poner sustancias que pueden afectar la salud en los sistemas comunitarios de abastecimiento de agua cuando hay personas que no quieren consumirlas; y

3) casos de la esclavitud: como, por ejemplo, la prohibición de venderse a uno mismo como esclavo o vender partes de su cuerpo.

Dworkin insiste en que en estos casos no parece que las acciones sean involuntarias y, por lo tanto, quizás solo el paternalismo duro sea justificable. Ahora bien, si se desea insistir en la posibilidad de justificar estos casos de paternalismo blando, la única vía posible es la de utilizar el argumento del interés de terceros, por ejemplo, de la siguiente manera:

1) casos de seguridad: el comportamiento arriesgado *de algunos* impone un costo *para los demás*: el monto del rescate, de la internación en un hospital público, etc.<sup>163</sup> Dworkin explica que, si los costos son económicos, hay otras vías que permitan afrontar los costos sin afectar a terceros (por ejemplo, contratar un seguro o proceder por vías de responsabilidad civil). El mayor problema lo constituyen los individuos que resistirían a todas las opciones. Una posible respuesta sería el abandono a su (buena) suerte, pero, aun así, habría un costo psicológico para la sociedad. Supongamos, por ejemplo, que una persona que no ha usado un casco ha tenido un accidente en moto. Por no contar con un seguro ni dinero para pagar una internación, agoniza en la calle. Los transeúntes

---

<sup>163</sup> Esta cuestión es tematizada por Holmes y Sunstein quienes analizan el costo de los derechos en relación con las asignaciones presupuestarias, pero también con los costos de los remedios ante emergencias. Así, argumentan respecto de la dependencia de las libertades individuales del financiamiento administrativo o del manejo de fondos públicos. Ver Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (2012). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.

no quieren abonar el tratamiento, pero resultan traumatizados por tal situación, pues están viendo cómo alguien sufre o incluso muere cuando podría ser salvado. Finalmente, Dworkin podría justificar una intervención si minimiza el riesgo de daño para los sujetos si la respectiva interferencia a la libertad es relativamente insignificante.

2) casos que involucran decisiones colectivas: el problema en este caso es si para los sujetos que no están de acuerdo con las decisiones grupales o mayoritarias, la medida es paternalista. En estos casos, dice Dworkin, no serían paternalistas porque, por un lado, respetan ciertas condiciones de legitimidad para la toma de decisiones y, por el otro, porque el carácter colectivo es la condición para dar fuerza a esas decisiones y para satisfacer el interés de la mayoría (este tema se abordó anteriormente cuando discutimos la legislación que limita la jornada laboral como, a juicio de Dworkin, una medida no paternalista).

3) casos de la esclavitud: se pueden justificar al señalar en lo impráctico e incómodo de vivir en una sociedad que debe permanentemente perseguir a los esclavos que se escapan para devolverlos a sus “dueños”. Finalmente, Dworkin reflexiona sobre la postura defendida en su primer artículo respecto de la venta de uno mismo como esclavo y manifiesta que se puede impedir a la gente que se esclavice para preservar su capacidad de definir qué vida tener, qué objetivos perseguir, etc.

## **6. Cuándo y cómo consentir**

Como se mencionó antes, la carencia de competencias básicas para resolver la situación jurídica en el contexto específico es lo que determina que no exista un consentimiento válido y, por ende, que la medida que se tome pueda ser paternalista.

Por otro lado, también se dijo que existiría la posibilidad de un consentimiento futuro, esto es, que luego de aplicada la medida paternalista, el sujeto reconozca la bondad o conveniencia de ella y, por lo tanto, la consienta con posterioridad. Garzón Valdés señala que esto tiene dos problemas:

1) qué sucede si, luego de aplicada la medida paternalista, el sujeto receptor no la consiente porque no acepta que haya sido adecuada. En ese caso, podría argüirse que aún no se encuentra en condiciones de valorar el bien provocado (en el sentido del perjuicio evitado) y que, por lo tanto, el proceso paternalista debe continuar. Este proceso, es claro, es extremadamente peligroso, ya que tiende a soslayar toda posible autonomía individual y perpetúa los criterios paternalistas.

2) el mismo proceso paternalista podría producir la capacidad moldeada para consentir la medida. Por lo tanto, el proceso acaba por ser autorreferencial y recae sobre el individuo no solo como un fin en sí mismo sino también como un mero medio (algo que contraría la idea kantiana de dignidad).

A estas dos, habría que agregar otras cuestiones:

1) la primera es si es posible brindar un consentimiento de manera tardía, en tanto no se encontrarían algunas características propias del consentimiento *per se* (por ejemplo, no existe la posibilidad de revocarlo, la información adecuada es irrelevante y, sobre todo, la libertad no tiene rol alguno, ya que el sujeto solo puede asentir porque, en caso de no prestar conformidad, no cambiaría el curso de las cosas pasado, etc.).

2) lo segundo es si es posible que este tipo de consentimiento se dé de manera tácita o si necesariamente debe darse de forma expresa.

En relación con lo comentado, cabe traer a colación el análisis de Nino,<sup>164</sup> quien dice que la imposición a un individuo de un deber, carga o sacrificio beneficioso socialmente está ante todo y preliminarmente justificada si es consentida por aquel en forma libre y consciente. No obstante, la expresión del consentimiento no necesariamente debe darse con un acto lingüístico performativo (por ejemplo, pronunciar las palabras “Sí, consiento”, firmar un

---

<sup>164</sup> Cfr. Nino, Carlos Santiago (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2º ed. Buenos Aires: Astrea.

documento o quizá enviar un emoji con un dedo pulgar hacia arriba). Asimismo, consentir un acto implica aceptar las consecuencias (incluyendo sus consecuencias normativas) y, justamente, el consentimiento tácito se expresa a través de la realización del respectivo acto.

Para que el consentimiento tácito o expreso realmente sea válido, el sujeto que realiza un acto debe conocer las consecuencias normativas. Para que la consecuencia se considere aceptada, no es necesario que ellas efectivamente ocurran sino tan solo que sean previsibles para el propio agente (por ejemplo, si un sujeto pacta una locación y luego no paga el precio pactado, el deber de pagar subsiste aún a pesar de su negativa o de que la contraparte no inicie juicio). “Él debe prever esa consecuencia como un efecto necesario de su acto (o estar dispuesto a actuar lo mismo en el caso en que lo previera como necesario) y no necesariamente como un efecto meramente posible”<sup>165</sup>.

Asimismo, un requisito fundamental que agrega Nino, que no suele ser subrayado por otros autores, es que, para que haya consentimiento libre, la comisión del acto no solo debe ser voluntario por haberlo elegido, sino que también debe darse la condición de que la *omisión* de ese mismo acto no acarree consecuencias que solo puedan justificarse sobre la base del consentimiento del agente. De lo contrario, la conducta del individuo siempre derivaría en el consentimiento de cargas y obligaciones. En otras palabras, Nino plantea que debe haber una posibilidad real de opción: si tanto la acción como la omisión conducen a obligaciones o cargas, entonces, la posibilidad de elegir es ficticia.

Lo anterior se relaciona con la libertad como ámbito esencial en el que se desenvuelve el derecho y las relaciones entre el individuo y el Estado porque, para ser legítima, la imposición de una carga u obligación tiene que ser libremente consentida, como se mencionó antes.

De acuerdo con lo antedicho, podría pensarse que consentir tácitamente es relativamente fácil: simplemente se ejecuta la acción. Ahora bien, en este

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 156

caso, es imposible que pueda ser dado *con posterioridad* a la aplicación de la medida, ya que este solo podría darse a partir de la conducta.

En cuanto al caso del consentimiento expreso, en cambio, este sí podría darse luego de aplicada la medida. La pregunta es si realmente dicho “consentimiento” cumple plenamente la función de consentimiento o en realidad es una mera ficción. En tal sentido, pareciera que se dan dos de los requisitos propuestos por Nino (un sujeto que, voluntariamente y con la información adecuada, consiente algo) pero el tercero no se da (que exista una alternativa). Esta carencia es resaltada en último término, ya no tiene que ver con la sanción de la acción y de la omisión, sino que, en realidad, la carencia de una opción verdadera se da en el plano fáctico. En efecto, el sujeto sobre el que ha recaído la medida, aún si no brinda su consentimiento, no puede cambiar el pasado.

Finalmente, cabe destacar una última cuestión en relación con la idea de consentimiento futuro. Si este consentimiento fuera tan válido como el otorgado con anterioridad a la aplicación de la medida paternalista, entonces, una vez brindado, el efecto paternalista se disolvería. Es decir, la característica de paternalista de la medida sería en todo caso provisoria, ya que siempre se encontraría implícita la posibilidad de que el sujeto receptor la consienta una vez que sea competente, si es que llega a serlo.

Por lo dicho, a nuestro juicio la idea misma de consentimiento futuro no es realmente adecuada y solo cabe aceptar la de consentimiento hipotético. Esta última propuesta, si bien pareciera ser más representativa del fenómeno del consentimiento real, ya por su propio significado muestra que no está exenta de problemas: se fundamenta en un acto de consentimiento que no está presente pero que, se supone, se daría en un escenario contrafáctico.

Al respecto, cabe recordar las ideas de Berlin (que desarrollamos en el capítulo 1), quien ha señalado que la libertad positiva implica la potestad de ser el propio amo, el deseo de que la vida y las decisiones dependan del propio sujeto y no de una fuerza externa. No obstante, en múltiples ocasiones de la vida política se suelen legitimar medidas invocando que si el sujeto destinatario fuera “más racional o ilustrado” se inclinaría por esa opción, que el “yo empírico” es

distinto del “yo racional” y que, por cuestiones emocionales o pasionales, predomina el segundo, etc.<sup>166</sup>

## 7. La actitud benevolente del interventor

La carencia de las competencias básicas es un elemento *necesario*, pero no *suficiente* para justificar éticamente al paternalismo jurídico. El paternalismo éticamente justificable requiere también un *interés benevolente* para superar los inconvenientes que apareja la incompetencia básica y, así, evitar el posible auto-daño por parte del sujeto destinatario. Si este interés benevolente no está presente, entonces, se *instrumentaliza* al incompetente básico<sup>167</sup>. No obstante, como he mencionado antes, el hecho de que el sujeto no pueda decidir adecuadamente, implica, en los hechos, que no pueda consentir ni rechazar válidamente la medida. Esto provoca que, independientemente de las intenciones por parte del interventor (mejores o peores), el sujeto receptor sea *indefectiblemente* un objeto de la medida paternalista. La clave para legitimar la medida no es, entonces, la no instrumentalización, sino más bien la buena intención del decisor.

Lo anterior presupone una superioridad por parte del sujeto interventor que es competente para tomar una decisión no lesiva para el sujeto receptor y, por lo tanto, se parte de una relación de desigualdad. No obstante, se debe aspirar a superar esa desigualdad. Es decir, quien actúa de manera paternalista tiene que hacerlo no solo por estar mejor informado o ser más racional, sino que, además, debe guiarse por los intereses del intervenido.<sup>168</sup>

Si bien para Garzón Valdés no siempre se daría la relación de superioridad, es decir, esta sería una circunstancia contingente en relación con el paternalismo, Atienza<sup>169</sup> destaca que, muy por el contrario, en todos los casos

---

<sup>166</sup> Cfr. Berlin, Isaiah (1969). “Two Concepts of Liberty (1958)”. *Four Essays on Liberty*. Nueva York: Oxford University Press

<sup>167</sup> Cfr. Garzón Valdés. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”...

<sup>168</sup> Garzón Valdés, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, p. 168.

<sup>169</sup> Atienza, *Op. Cit.*

hay, al menos, una relación de subordinación. Para justificar esta idea, analiza los ejemplos brindados por el propio Garzón Valdés. En primer lugar, la paridad de posiciones podría darse si el sujeto destinatario consiente la medida con anterioridad (por ejemplo, cuando Ulises les pide a los marineros que no lo desaten frente al canto de las sirenas) pero, si hay consentimiento, entonces, no hay paternalismo. El segundo caso es el de la pareja de golosos: cuando mutuamente dos personas deciden ayudarse a no ingerir comidas azucaradas en pos de perder peso, es decir, cuando hacen una dieta conjunta. Allí Atienza destaca que no existe una paridad sino relaciones de supra y subordinación recíprocas. En este punto, estamos de acuerdo con Atienza, ya que la misma idea de la incompetencia básica y la legitimación de una intervención marca una jerarquía entre quien puede/debe decidir y quien no está en condiciones para hacerlo.

El componente fáctico (la existencia de una incompetencia básica) y el normativo (la benevolencia en pos de superar la desigualdad) son dos requisitos clave para que se dé la justificación en términos éticos. Por un lado, pareciera que también cumplen el rol de ser el fundamento de la intervención, pero, por el otro, no logran explicar por qué 1) alguien debe procurar la superación de la desigualdad y 2) bajo qué parámetros evaluar qué es un daño y qué no lo es. El concepto de daño tiene una carga que presupone la determinación previa de aquello que debe ser considerado valioso y que debe ser protegido.<sup>170</sup>

Entonces, ¿por qué existe el deber para algunas personas de cuidar de otras y por qué algunos sujetos deben soportar que otros tomen decisiones por ellos mismos? Este interrogante permanece abierto.

Como puede notarse, aquí, volvemos al punto de partida de Garzón Valdés sobre cómo justificar el Estado Social de Derecho y el paternalismo jurídico. Si bien puede vislumbrarse que existiría un deber moral de asistir a quienes se encuentran en una situación contextual de incompetencia básica, no

---

<sup>170</sup> Garzón Valdés, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, p. 171.

se explicita que este sea el fundamento que dé preferencia al Estado Social de Derecho por sobre un esquema liberal.

En ese marco, Feinberg explicita la existencia de un dilema. Por un lado, si se acepta el paternalismo, entonces, se dan las siguientes consecuencias:

- 1) hay que aceptar que el Estado puede llegar a conocer los intereses de los individuos mejor que ellos mismos;
- 2) las prácticas paternalistas pueden derivar, paulatinamente, en el desgaste de la capacidad de los individuos para elaborar sus planes de vida; y
- 3) se torna difícil delimitar cuándo puede intervenir el Estado.

Por el otro lado, si se rechaza el paternalismo, entonces hay que rechazar diversas regulaciones que integran los ordenamientos jurídicos vigentes (por ejemplo, la invalidez del consentimiento de la víctima para no criminalizar un homicidio, la imposibilidad de venderse como esclavo, la aceptación de la bigamia por parte de las partes de un matrimonio, etc.)<sup>171</sup>

En esta tesis no interesa tanto la cuestión respecto de si es éticamente justificable el paternalismo jurídico como aquella respecto de que, en caso de ser justificable, no podría resolverse la paradoja que significa proteger y lesionar a la persona a la vez. Todo parece apuntar que debe hacerse una opción por uno u otro extremo.

## **8. Recapitulación**

La problemática sobre el paternalismo se centra en la crítica de la perspectiva liberal que se opone a toda intervención frente a la autonomía del individuo, pero no resuelve la cuestión acerca de que no siempre los sujetos se encuentran en condiciones óptimas (ya sean cognoscitivas o de disposición de tiempo, de información, de humor, etc.) para elegir en su no perjuicio. El paternalismo, por

---

<sup>171</sup> Feinberg, “Legal Paternalism”...

su parte, permite que la decisión sea tomada por otros sujetos competentes, aunque reduce de manera extrema el protagonismo del sujeto afectado por la decisión, a tal punto que, cuando el paternalismo se hace presente, la persona, como tal desaparece, aunque, por supuesto, este fenómeno ocurre solo si consideramos que la autonomía es una nota esencial de las personas. Por otro lado, podremos discutir si la autonomía debe estar presente en todo momento o puede ser una nota general, pero aun así podemos afirmar que el paternalismo, que intenta tutelar a la persona, por un momento, la deja de lado. Por esta razón, el intervenido se transforma en un objeto, dado que, al menos para la realización de una acción específica, se parte de la idea de que carece de ciertas competencias básicas. Por esta razón, su voluntad es irrelevante y el interventor puede incluso llegar a contrariarla.

A su vez, el paternalismo jurídico tendría otros inconvenientes, como, por ejemplo, que presupone el objetivismo moral y, en particular, que afirma implícitamente que existe al menos un grupo de personas que pueden conocer lo menos lesivo para los individuos que carecen de las competencias básicas. En realidad, no solo se trata de que existen estas personas, sino también de que ellas serían funcionarios de las instituciones del Estado. Para lidiar con esta cuestión, tal vez se puede apelar a los fundamentos de la legitimación del Estado en general, pero aun así subsiste el problema de explicar por qué el Estado, como interventor, conocería mejor que los individuos mismos lo que es menos perjudicial para ellos. Este argumento tampoco brinda pautas para determinar cuándo un sujeto está en mejores condiciones para detectar lo conveniente para otra persona que la propia afectada (es decir, sabemos cuándo alguien es un incompetente básico, pero no existen parámetros objetivos para delegar la potestad decisoria en la persona más competente). Finalmente, se asume que los decisores manipularán la decisión para evitar perjuicio para los individuos, pero no existirían mecanismos de control para asegurar de que ello efectivamente sea así.

Esta idea de que los agentes estatales estarían en mejores condiciones que los sujetos para decidir y que efectivamente intervendrían para evitarle un daño al intervenido es falible. De hecho, un interventor podría querer intervenir

por una fuerte inclinación hacia el paternalismo jurídico sin tener en cuenta la autonomía de los afectados. Por ejemplo, una persona que se obsesiona con detentar y ostentar el poder que tiene por su cargo. Quiere mostrar qué y cuánto puede hacer y deja de lado la voluntad de los intervenidos. Es una cuestión de perspectiva sobre el valor de la libertad y sobre el deber estatal.

También la legitimación es falible si se tiene en cuenta que los agentes estatales pueden también ser sujetos egoístas que aprovechen la intervención en su propio beneficio y no en el no perjuicio del destinatario de la decisión. Es decir, el interés benevolente no existiría *realmente*: puede invocarse en el discurso, pero no es la verdadera intención del interventor. Al respecto, Buchanan recuerda que los políticos no son ángeles, sino que muchas veces se mueven por incentivos que los alejan del bien común.<sup>172</sup>

En los casos de la fuerte inclinación al paternalismo y del interventor egoísta, al menos, podemos afirmar que no existe una justificación ética para el paternalismo jurídico.

Otros aspectos que interesan destacar de este capítulo se relacionan con el señalamiento de Dworkin respecto de que no siempre la medida paternalista recae directamente sobre el sujeto a quien se intenta proteger. A veces, también se regula la conducta de un tercero de manera tal que se generen obstáculos para el individuo intervenido. Por otro lado, el paternalismo jurídico no consiste únicamente en el establecimiento de conductas cuyo incumplimiento acarrea sanciones, aunque ello es lo más común. También podría darse el caso de cargas que sumen obstáculos y desincentiven un cierto curso de acción (como el caso de los mayores de 70 años en el contexto de la pandemia por Covid-19 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el que se inició este capítulo).

Un tema interesante es el consentimiento futuro o hipotético. Como se ha mencionado anteriormente, el consentimiento puede ser tácito (expresado mediante un curso de acción), pero, en todo caso, si se trata de un

---

<sup>172</sup> Ver Buchanan, James M. (1982). “Democracia limitada o ilimitada”, *Estudios Públicos*. N° 6. Chile: Centro de Estudios Públicos

consentimiento futuro, necesariamente debe ser expreso para ser válido. Ahora bien, ¿puede un consentimiento futuro legitimar una acción paternalista? Una respuesta afirmativa parece ciertamente extraña, puesto que la negativa a consentir no cambiaría las cosas y, por lo tanto, no existe alternativa. En ese sentido, nuestra opinión es que la carencia de opciones haría normativamente irrelevante el consentimiento futuro. Por ello, el paternalismo jurídico no puede tener la expectativa de legitimarse en un consentimiento ni futuro ni tácito.

Finalmente, tampoco sería posible un consentimiento proveniente de la supuesta “voluntad real” (pero ausente durante la intervención) del individuo. Es decir, pensar que una acción se legitima a pesar de que el sujeto intervenido está en contra de ella porque, si tuviera las competencias básicas necesarias, estaría de acuerdo, es difícil de aceptar. Esto puede conducir a graves consecuencias políticas, como se vio en el capítulo anterior. Asimismo, la limitación temporal de las medidas paternalistas jurídicas y la exigencia de una carga argumentativa (por ejemplo, sobre haber elegido el mal menor y haber evitado un daño realmente) es relevante para limitar, a su vez, el poder del interventor, así como el lapso temporal en el cual se desplaza la autonomía individual.

## CONCLUSIONES

Esta tesis, titulada “La contradicción de la justificación ética del paternalismo jurídico a la luz de la nota de autonomía del concepto de persona”, partió de la complejidad semántica que tiene el concepto de persona en el campo del derecho y también de que detrás de dicha idea subyace una concepción antropológica que permite juzgar la fundamentación y legitimación de las instituciones políticas y las medidas jurídicas. En particular, aquí se postuló que una concepción liberal enfatiza la nota de autonomía, lo que resulta en que, cuanto más se respete este ámbito de decisión individual, de propiedad de sí o de libertad, más legítimas serán las instituciones políticas y jurídicas y que, cuanto más lo menoscaben, serán menos legítimas y estarán peor fundamentadas.

En ese marco, sostuve que no existe posibilidad de justificar el paternalismo jurídico y mantener incólume a la persona como ser autónomo. Así, mi posición es que toda intervención paternalista conlleva el reconocimiento de que es necesario desplazar al sujeto de su poder de decidir con el fin de evitar que se dañe a sí mismo en situaciones concretas. En definitiva, conlleva reconocer que es el propio sujeto el que constituye una amenaza para sí mismo. La legitimación ética del paternalismo jurídico se funda en: 1) evitar el daño para el propio individuo 2) que está afectado por una incompetencia básica, 3) por parte de un sujeto interventor con mayores capacidades básicas y 4) que se guía por un interés benevolente. Paradójicamente, a la par que se legitima, conlleva también la deslegitimación de ese concepto. Si éticamente puede aceptarse o legitimarse el paternalismo jurídico es porque evita (y porque *intencionalmente* quiere evitar) un perjuicio para un individuo. Pero, justamente, en ese argumento *a favor*, también radica su argumento *en contra*: si el daño es elegido por el individuo y solo lo daña a él o a ella mismo/a, entonces, ¿es conveniente que el Estado desplace su autonomía? Por ello, sostengo que mientras más se justifica éticamente el paternalismo jurídico por la protección de la persona al prevenir un daño, más se diluye otro aspecto de la misma justificación al causar un daño que

consiste en dejar de concebir al individuo como autónomo para tomarlo como objeto de intervención.

Renglones atrás surgió la pregunta acerca de la conveniencia del paternalismo jurídico. La respuesta a este interrogante no es objeto de esta tesis, aunque podría señalarse que, ante la contradicción trágica e irresoluble de que tanto la intervención paternalista como su ausencia derivan en un posible daño, la conveniencia dependerá del peso que se le atribuya a cada daño particular. Por ejemplo, como se ha mencionado en el capítulo 1, la postura liberal valora por sobre todo la protección de la libertad y, por lo tanto, difícilmente podría aceptarse una acción que pudiera disminuir el ámbito de libertad de un individuo cuando sus propias conductas solo serían auto-lesivas. Por el contrario, posturas más moderadas podrían aceptar intervenciones paternalistas con el fin de preservar la autonomía a largo plazo o con el objetivo de restituirla. Un caso interesante en este sentido es el que postula Mill, quien solo admite la intervención para evitar que el sujeto pueda someterse voluntariamente a la esclavitud, acción que destruiría por completo el ámbito de autodeterminación personal a futuro y que, por ende, sería irreversible. Como puede notarse, aún las posturas liberales como la de Mill están dispuestas a reconocer la conveniencia de las medidas paternalistas en algunos casos. No obstante, subsiste el problema de determinar cuáles son esos casos.

Una cuestión que se conecta con la anterior es la crítica que Stephen realizara contra Mill (comentada en el capítulo 1) en relación con que gran parte de las ponderaciones están basadas en presupuestos no probados. En efecto, que las medidas paternalistas acarrearían un mayor perjuicio que el pleno ejercicio de la autonomía es una mera suposición. Aquí cabe señalar que, entonces, para poder establecer si una medida paternalista jurídica puede ser legitimada, es necesario señalar si se evita un daño mayor que el causado. Notemos dos aspectos interesantes: el primero es que se mantiene una ratificación de nuestra tesis, es decir, que *siempre* se produce un daño. Claro está que esto solo tiene sentido en el marco de una definición liberal del concepto de persona (u otra que enfatice en la autonomía y la libertad) porque para ella es relevante el poder de decisión de los individuos. Ahora bien, este aspecto es

importante porque parte también de un presupuesto: la jerarquización de valores que hace esta postura. En este sentido, una corriente de pensamiento que no preste tanta atención a la propiedad de sí o que minimice su relevancia no tendría que afrontar este problema.

El segundo aspecto es que el peso de los daños, es decir, la determinación de cuál de los daños es mayor que el otro, podría ser algo muy difícil de establecer *a priori*. Me refiero a que la justificación de que se evita un daño, que alguien es un incompetente básico, que el Estado está en mejores condiciones que el intervenido para decidir y que el daño evitado es menor a la lesión provocada contra la autonomía son todas cuestiones que deberían evaluarse en cada caso concreto. En este sentido, se trata de un problema empírico antes que teórico. El inconveniente, por supuesto, es que el derecho utiliza generalmente medidas de carácter general. La prohibición de exhibir alimentos azucarados en las góndolas cercanas a las cajas registradoras, la obligatoriedad de utilizar cinturones de seguridad o de cascos al conducir automotores o motocicletas, la proscripción del lanzamiento de enanos, etc., que mencionamos en distintos lugares de este trabajo, son claros ejemplos de este fenómeno. En este sentido, el derecho no prohíbe una práctica en particular (es decir, no prohíbe una conducta a un individuo en concreto en un tiempo y espacio determinados), sino que se presume que, en la generalidad de los casos en los que alguien se encuentre en determinada posición, será un incompetente básico y, por lo tanto, que es preferible que un interventor decida de antemano cuál es el curso de acción menos perjudicial. En todo caso, queda abierta la vía judicial para solicitar una excepción, aunque ello genera una carga extra y, además, muestra que existen casos en los que la incompetencia (y, por lo tanto, la falta de autonomía) se presume.

De esta manera, consideramos que es legítimo afirmar que cuando el paternalismo jurídico aparece, desaparece la persona como ser autónomo. El sujeto se transforma en un objeto de intervención que, en todo caso, tendrá que luchar judicialmente por su libertad de decisión. La carga de la prueba argumentativa se invierte: el interventor no argumenta para el caso concreto; simplemente, asume que el individuo se autolesionará. El sujeto deberá mostrar

que reúne las condiciones para ejercer su libertad. Por supuesto, este es el proceso inverso a aquel que defiende la posición liberal.

Retomemos ahora la posibilidad de revertir una medida paternalista jurídica mediante un proceso judicial por cuanto nos permite reflexionar respecto del consentimiento y, en particular, sobre el consentimiento futuro y el hipotético. Como se ha mencionado en el capítulo 2, si el intervenido consiente la medida del interventor, entonces, ya no se la puede considerar paternalista. Más que justificarla, la excluye. Ahora bien, si la legitimación del paternalismo jurídico se apoya en que una vez cesada la incompetencia básica, el intervenido puede consentir (es decir, se trata de un consentimiento futuro), entonces hay que remarcar lo siguiente:

- 1) el consentimiento futuro no puede ser tácito (o sea, mediante una conducta que muestre que se aceptan las consecuencias) puesto que la acción que conlleva implícita la aceptación es la de realizar el acto obligatorio, prohibido o permitido y no una situación de aquiescencia posterior; y
- 2) el consentimiento futuro no puede realmente legitimar la medida paternalista jurídica por cuanto ya no existe una opción verdadera. Es decir, si el sujeto decide no consentir, su decisión no tiene efecto alguno y, por lo tanto, su voluntad es irrelevante. Si la voluntad no importa en un sentido (en la negativa), tampoco podría serlo en el otro (en el afirmativo).

Claramente, el paternalismo jurídico solo puede darse con la interrupción de la voluntad del individuo intervenido.

Por su parte, el consentimiento hipotético es aquel que hace que la medida paternalista se legitime al pensar que el individuo no consiente porque es incompetente o su racionalidad se encuentra afectada, pero que, si pudiera discernir los elementos correctos, entonces consentiría la medida o actuaría tal como lo indica el interventor. El Estado, entonces, aparentemente conoce lo que realmente el individuo quiere aun cuando él o ella misma no lo sepan o no sean conscientes de cuáles sus preferencias. Esta idea parte de la negación de la

autonomía de la voluntad del sujeto – a menos, por supuesto, a que coincida con la del interventor. Dado que ignoraría las situaciones fácticas que podrían permitir evaluar si realmente el sujeto es un incompetente básico, ya que el criterio es si acepta efectivamente la medida, realmente no se trata de un verdadero consentimiento. Asimismo, vale recordar que esto puede llevar a legitimar regímenes autocráticos, como se mencionó en el capítulo 1, o a modelar la voluntad del intervenido, como se dijo en el capítulo 2.

Además de lo antedicho, interesa destacar algunos otros aspectos que han surgido de la indagación:

- En ocasiones es difícil distinguir entre actos que afectan a terceros y actos que solo afectan al individuo, aun cuando solo se lleven a cabo en privado. No obstante, para favorecer el control de los individuos en general sobre las intervenciones estatales en los ámbitos de libertad de cada sujeto, es relevante que el interventor incluya con el mayor grado de detalle las razones por las cuales la medida paternalista es necesaria y conveniente en comparación con su no realización. En este aspecto, la descripción de cuál es el daño evitado, la concepción sobre qué es un daño, la jerarquización de los daños, la moral pública y los intereses de terceros constituyen conceptos clave que deben ser incluidos en la respectiva argumentación.
- Es difícil definir en qué consisten la autonomía y la libertad. Desde una perspectiva de la propiedad de sí que permite caracterizar al liberalismo (mencionada en la Introducción), podemos señalar que la potestad de decidir por sí, de proyectar y llevar a cabo planes de vida y de que este poder se funde en el hecho de que el sujeto participa de la sociedad por una decisión propia y racional, son características fundantes de una forma de entender la relación entre individuos y Estado.
- Una cuestión central que recorrió la tesis es si es posible combinar valores liberales con las políticas del Estado Social de Derecho en lo

que concierne al paternalismo jurídico. Dicha combinación no parece posible o, si lo es, es en un grado muy escaso y basado en la consideración de que la intervención se da para salvaguardar a la persona y a la libertad. Y ello ocurre siempre que se acepte que alguno de los dos extremos es menoscabado en intervalos y que, si se los puede armonizar, es en pos de que la autonomía sea la regla, de que la intervención sea la excepción, y de que esa intervención sea acompañada de una justificación precisa. Es decir, el Estado Social de Derecho no niega la libertad y, de hecho, brinda un amplio espacio para ella. Sin embargo, en ocasiones puntuales puede requerir la disminución del ámbito de libertad personal en pos de que la autonomía pueda materializarse en los demás momentos de la vida.

- Hay un rol moralizante que se hace explícito respecto de la definición de las competencias básicas y del daño, que puede ser incompatible con la posición liberal que, como se vio en el capítulo 1, requiere de la aceptación de un pluralismo ético. Además, el Estado debe permanecer neutral como forma de defender el principio de igualdad. A partir de ello, una moral constructivista podría ser útil para justificar las intervenciones paternalistas. El problema en esta instancia se desplaza desde cómo definir el daño, las competencias básicas y la mejor posición para decidir, hacia cómo justificar que, en un ámbito pluralista, un interventor pueda imponer un curso de acción obligatorio a un sujeto que difiere con aquel, razón por la cual este último hubiera optado basado en el argumento de que le evitará un daño. En la práctica, al final de cuentas, los criterios del interventor acaban por transformarse en objetivos. Aquí también podemos ver un punto de colisión irresoluble entre la justificación ética del paternalismo jurídico y el concepto de persona como ente autónomo.
- Continuando con el tópico, quizás sea un problema propio de la concepción liberal que no postula una moral objetivista, a excepción de la defensa de un bien: la libertad, la autonomía o la propiedad de

sí. En tal sentido, para defenderla debe incluso aceptar algunas intromisiones (como la proscripción de la auto-venta como esclavo). Sin embargo, justamente por la falta de otros parámetros objetivos con los cuales ponderar los daños entre la situación con intervención y sin ella, se genera una tensión irresoluble. En principio, para la concepción liberal, ninguna medida paternalista jurídica es éticamente justificable. No obstante, podrían aceptarse excepciones para tutelar al individuo, pero ello conlleva que este no es tratado como persona puesto que su capacidad de decisión es negada.

- En el capítulo 1 se explicó que Stephen señala que uno de los fundamentos de la coerción es el temor. Algo semejante tiene en mente Feinberg cuando toma como ejemplo principal del paternalismo jurídico al derecho penal. ¿Es la generación de miedo mediante amenazas para el caso de incumplimiento la mejor forma de evitar que un individuo se dañe a sí mismo? Es decir, ¿es legítimo que para evitar un daño se amenace con otro daño? En principio, la respuesta parece negativa, aunque el recurso a las sanciones es una de las principales herramientas del derecho para respaldar órdenes. No parece raro, entonces, que el paternalismo jurídico incluya el uso de la fuerza intimidante para cumplir sus fines, aunque sea que para disuadir a una persona de que se dañe se lo amenace con imponerle otro daño que estaría menos dispuesta a aceptar (por ejemplo, para evitar que alguien se auto-lesione al conducir sin cinturón, se le obliga a usarlo para evitar pagar una multa costosa y quizás para que ante la acumulación de faltas no se le retenga el carnet de conducir). Por otro lado, en cuanto a la amenaza, se genera una situación para los sujetos en los cuales deben optar por no actuar conforme a su voluntad o someterse a una sanción (que es un daño), sumado al daño de ver su autonomía suprimida. Aquí también aparece una contradicción irresoluble.
- Lo antedicho no propugna una eliminación del paternalismo jurídico, sino que intenta mostrar la contradicción que surge a la hora de

justificar la necesidad de este tipo de medidas con la defensa de la autonomía personal. Con seguridad, en muchas ocasiones las intervenciones cumplen efectos positivos (aunque, como se dijo, esto es una cuestión que se debe evaluar en cada caso concreto). No obstante, resulta difícil mantener incólume a la persona como ser autónomo a través de medidas paternalistas jurídicas. Es una opción trágica que debe tomarse por uno de los dos extremos, a sabiendas de que se resigna el restante. Por ello, tal como se dijo en el planteo de una de las hipótesis de este trabajo: es una paradoja irresoluble.

- ¿Cómo se puede juzgar la incompetencia básica? Esta no es una pregunta menor, ya que de ella depende qué tipo de paternalismo jurídico está siendo aplicado (por ejemplo, duro o blando conforme a la distinción de Feinberg). Hemos visto dos opciones: 1) si se trata de intervenir porque simplemente la elección de un curso de acción no es razonable y que, por ende, quien opte por él es un incompetente básico que debe ser protegido de sí mismo, o 2) si la intervención es transitoria y aspira a modelar la voluntad hacia resultados no lesivos. El primer caso pareciera ser el más aceptable entre los dos, aunque la evaluación apriorística de la incompetencia en razón de conductas en abstracto no parece acertada. La segunda, como se ha dicho ya, no es adecuada, por cuanto intenta modelar la conducta para legitimar la decisión paternalista.
- La transitoriedad de las intervenciones paternalistas es una característica acorde con la excepcionalidad que deben revestir, aunque la posibilidad de que ella se asocie con la modelación de la voluntad para que el sujeto acabe por cambiar su opción (la medida paternalista no cesa hasta que la decisión del sujeto coincida con la del interventor) corre el riesgo de contradecir fuertemente los principios liberales. Si este aspecto se diera, entonces se trataría de una modalidad inaceptable para la perspectiva liberal. No obstante, el primer tipo, esto es, el duro (intervención para prevenir de auto-daño, sin referencia a modelar la voluntad), tampoco conduciría a una

modalidad más legítima en clave de consentimiento, puesto que también desplaza al individuo de su poder de decisión. La diferencia radica en que en el paternalismo duro el interventor no procura cambiar a futuro la voluntad del sujeto. Simplemente prescinde de ella y, por lo tanto, la responsabilidad recae enteramente sobre el interventor.

- El paternalismo se funda sobre la idea de un incompetente básico que, como se dijo en el capítulo 2, no puede comprender racionalmente qué es lo menos lesivo para sí. Si este es el caso y, además, a ello se agrega la invalidez del consentimiento futuro y del hipotético, por las razones expuestas más arriba, entonces queda claro que el paternalismo jurídico no puede legitimarse en ningún tipo de expresión de voluntad del intervenido. El sujeto es objeto de intervención para evitar un mal auto-referido.

Por las razones antes expuestas, se ratifica nuestra hipótesis: existe una paradoja insoslayable en el paternalismo jurídico ya que, a la vez que pareciera justificarse desde el punto de vista ético por la protección de la persona contra daños auto-lesivos, socava su mismo fundamento al dañar a la misma persona, desde la perspectiva liberal. La razón de mantener incólume a la persona (justificativo ético) implica un daño a la misma personería (afecta el ámbito de libertad individual).

Finalmente, cabe destacar que esta investigación se basa únicamente en un aspecto de los tantos posibles de indagación. Por ejemplo, podría realizarse una investigación sobre el mismo tema, pero con otras perspectivas antropológicas en relación con el concepto de persona o con otros tipos de organización del Estado, como también hacer un ejercicio semejante con las diferentes concepciones morales. Asimismo, es posible continuar el desarrollo de las conclusiones antes expuestas con futuros trabajos y, en tal sentido, esta tesis constituye un primer acercamiento que, a nuestro juicio al menos, sirve de base para:

- Establecer criterios argumentativos que deba cumplir el interventor para explicar por qué su medida está legitimada;
- Determinar requisitos que permitan establecer con precisión el concepto de daño y cuantificarlo a efectos de facilitar la ponderación;
- Analizar casuística en particular en ramas específicas del derecho;
- Indagar en medidas alternativas a las sanciones penales para respaldar las medidas paternalistas.

Se espera que tanto esta tesis como las investigaciones que puedan partir de ella sean útiles para el análisis y diseño de políticas públicas que deben irremediablemente optar por tomar medidas paternalistas o habilitar un ámbito más amplio de autonomía. En particular, pretendemos contribuir a las reflexiones al respecto para que las políticas sean diseñadas con conciencia del tipo de argumentos que requieren.

## BIBLIOGRAFÍA

### Referencias bibliográficas

- Agazzi, Evandro (2007). "El estatus ontológico y ético del embrión". González, J., (comp.). *Dilemas de bioética*. México: Fondo de Cultura Económica, pp.109-133.
- Alemaný García, Macario (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis de doctorado. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho.
- Alemaný, Macario (2007). "Breve nota sobre la idea de «paternalismo» en la obra de Ernesto Garzón Valdés" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, pp. 35-38.
- Alonso, Juan Pedro; Villarejo, Agustina; Brage, Eugenia (2017). "Debates parlamentarios sobre la muerte digna en Argentina: los derechos de los pacientes terminales en la agenda legislativa, 1996-2012". *História, Ciências, Saúde*. 24, 4, octubre-diciembre, pp.1031-1048.
- Aristóteles. *Política*. García Valdés, Manuela (ed.). Madrid: Gredos, 1988.
- Aristotle. *Aristotle in 23 Volumes*, Vol. 21, H. Rackham (trad.). Cambridge: Harvard University Press; Londres: William Heinemann Ltd., 1944. Publicado por Perseus Project con la colaboración de The Annenberg CPB/Project.
- Aristotle. *Aristotle's Política*. Ross, W.D. (ed.). Oxford: Clarendon Press, 1957. Publicado por Perseus Project.
- Atienza, Manuel (1988). "Discutamos sobre paternalismo" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 203-214
- Bentancourt, Fernando (1995/2007). *Derecho Romano Clásico*. 3º edición. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Berlin, Isaiah (1969). "Two Concepts of Liberty (1958)". *Four Essays on Liberty*. Nueva York: Oxford University Press, pp. 121-131.

- Berlin, Isaiah (1974). "Dos conceptos de la libertad" Quinton, Anthony (recopilador) *Filosofía Política*. México/Buenos Aires/Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Bermúdez Bueno, William y Morales Manzur, Juan Carlos (2012). "Estado Social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991". *Cuestiones Políticas* Vol. 28. N° 48, enero-junio 2012, IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; pp. 51 – 77
- Bobbio, Norberto (2005). "Legalidad". Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco (dirs.). *Diccionario de política*. Vol. 2. 14° ed. México; Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 860-862.
- Borja, Rodrigo (s/d). "Homo oeconomicus". *Enciclopedia de la política*. Disponible en <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=h&idind=769&termino=>. Consultado el 20/01/2016
- Buchanan, James M. (1982). "Democracia limitada o ilimitada", *Estudios Públicos*. N° 6. Chile: Centro de Estudios Públicos
- Busdygan, Daniel. (2013). *Sobre la despenalización del aborto*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.
- Camps, Victoria (1988) "Paternalismo y bien común" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 195-202
- Camps, Victoria (1988). "Sigamos discutiendo" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 223-225
- Chacón, Federico (2004). "El principio de identidad en la historia constitucional argentina". *El Derecho*. Buenos Aires. 20 de febrero de 2004.
- Delgado, Serrana (2019). "El punto de vista en la Teoría del Derecho". *Revista de Derecho* (UCUDAL). Año 15. N° 19, pp. 143-155
- Devlin, Patrick (1959). *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press.

- Di Castro, Elisabetta (2002). *La razón desencantada. Un acercamiento a la teoría de la elección racional*. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.
- Díaz Pinto, Guillermo (1993). *Autonomía y Paternalismo*. Tesis doctoral presentada en la Universidad de Castilla La Mancha.
- Diertelen, Paulette (1988). "Paternalismo y Estado de Bienestar" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 175-194
- Diertelen, Paulette (1988). "Respuesta a M. Atienza" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 221-222.
- Dworkin, Gerald (1983). "Paternalism". Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 19-34.
- Dworkin, Gerald (1983). "Paternalism: some Second Thoughts". Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 105-112.
- Dworkin, Gerald (1995). *The Theory and Practice of Autonomy*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Elster, Jon (1989). *Ulises y las sirenas. Estudios sobre la racionalidad y la irracionalidad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Espinoza de los Monteros Sánchez, Javier (2008). "Estado social (de derecho) en México: una óptica desde el garantismo jurídico-social". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N<sup>o</sup>. 9, 2008, pp. 61-83
- Farrel, Martín (1992). "El liberalismo frente a Bentham y Mill" *Télos*. 1(1), pp. 23-54.
- Farrel, Martín. (1993). *La ética del aborto y la eutanasia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fassò, Guido (1982). *Historia de la Filosofía del Derecho*. Tomo I. España: Ediciones Pirámide.
- Feinberg, Joel (1985). *Offense to Others*. Nueva York: Oxford University Press.

- Feinberg, Joel. (1980). "The Idea of a Free Man". *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty (Essays in Social Philosophy)*. Nueva Jersey. Princeton University Press
- Feinberg, Joel. (1983). "Legal Paternalism". Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, pp. 3-18.
- Feinberg, Joel. (1986). *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Fernández Sessarego, Carlos (2015). *Derecho y persona*. 5º ed. Buenos Aires: Astrea.
- Ferrater Mora, José (1999/2004). "Justicia". *Diccionario de Filosofía*. Tomo II. 7º reimp. Barcelona: Ed. Ariel.
- Fontán Balestra, Carlos (2008). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2008.
- Garzón Valdés, Ernesto (1988). "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 155-173.
- Garzón Valdés, Ernesto (1993). "Intervencionismo y paternalismo". Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 379-399
- Garzón Valdés, Ernesto (1988). "Sigamos discutiendo sobre el paternalismo" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 215-219
- Garzón Valdés, Ernesto. (2006). "¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?" Bulygin, Eugenio. *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Gaus, Gerald, Courtland, Shane D. y Schmidtz, David (2018). "Liberalism". Zalta, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/liberalism/>.
- Gelli, María Angélica (2009). "Comentario al artículo 19". *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. 4ºed. Buenos Aires: La Ley

- Gert, Bernard y Culver, Charles (1976). "Paternalistic Behavior". *Philosophy and Public Affairs*. 6(1), pp. 45-57.
- Giménez Pérez, Felipe. (2009). "Liberalismo". En Román Reyes (Dir): *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*. Ed. Plaza y Valdés, Madrid-México.
- Guariglia, Osvaldo. (1996). *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica
- Hart, Herbert L.A. (1961). *El Concepto de Derecho*. Carrió, Genaro (traductor). 2° ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, Herbert L.A. (1963/1968). *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press Paperback.
- Hart, Herbert L.A. (1990) "¿Existen los derechos naturales?". En *Estudios Públicos*. N° 37, pp. 45-61.
- Hervada, Javier (2008). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra; EUNSA.
- Hervada, Javier (2012) *Temas de Filosofía del Derecho*. Pamplona: Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra; EUNSA.
- Hervada, Javier. (2001). *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra; EUNSA.
- Hill, Thomas (1987). "The Importance of Autonomy". Kittay, Eva Feder y Meyers, Diana T. *Women and Moral Theory*. Savage, MD: Rowman and Littlefield, pp. 129–138.
- Hobbes, Thomas (1642). *De Cive*. Carlos Mellizo (traductor). Alianza, 2016.
- Hobbes, Thomas (1651). *Leviathan*. Carlos Mellizo (traductor). Gredos/RBA, 2015
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass (2012). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Justiniano. *Cuerpo del Derecho Romano. Tl. Instituta. Digesto*. Traducción y compilación de Ildelfonso García Corral (1889). Barcelona: Jaime Molinas Editor
- Kelsen, Hans (1934/1982). *Teoría Pura del Derecho*. Roberto Vernengo (trad.) Traducción de la segunda edición en alemán. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Legarre, Santiago (1999). “Ensayo de delimitación de las acciones privadas de los hombres”. *La Ley* (1999-B).
- Lell, Helga (2018). “El concepto de persona humana en el sistema jurídico interamericano”. *En Letra*. Año V, N° 10. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales; pp. 116-133.
- Lell, Helga María (2018). “El paternalismo jurídico y su justificación ética en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*. Vol. 48, No. 129, julio - diciembre 2018 / Medellín, Colombia. Pp. 439 – 458.
- Locke, John (1689). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Carlos Mellizo (traductor). Alianza, 2014.
- Lucas, Javier (1988). “Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la Antigüedad Clásica” *en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 243-249.
- Macpherson, Crawford Brough (2005). *La teoría política del individualismo posesivo*. De Hobbes a Locke. Madrid: Trotta.
- Marín Castillo, Juan Carlos y Trujillo González, José Saúl. (2016). “El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar”. *Revista Jurídica Derecho*, 3(4), pp. 53-70.
- Martí, José Luis (2006). *La república deliberativa*. Barcelona; Madrid: Marcial Pons y Linares, Sebastián (2017). *Democracia participativa epistémica*. Barcelona; Madrid; Buenos Aires; San Pablo: Marcial Pons.

- Mill, John Stuart (1848/1978). *Principios de economía política*. Teodoro Ortiz (traductor). Fondo de Cultura Económica.
- Mill, John Stuart (1859). "On Liberty". En *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII. Essays on Politics and Society*. Parte 1. John M. Robson (editor). Toronto: Toronto University Press, 1977.
- Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Pablo de Azcárate (trad.). Madrid: Alianza.
- Morales Zúñiga, Héctor (2015). "Estatus moral y el concepto de persona". *Problemas actuales de la filosofía jurídica*. Santiago: Librotecnia.
- Muñoz, Jaime Rodríguez-Arana. (2015). "Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales". *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(2), 31-62
- Nino, Carlos Santiago (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2º ed. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, Carlos Santiago (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, Carlos Santiago (2013). "Los dilemas de la libertad". *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI; SADAFA, pp. 131-146.
- Nozick, Robert. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. Rolando Tamayo (trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- O'Neill De La Fuente, Cecilia (2013). "Paternalismo jurídico y alimentación saludable". *Advocatus*, N° 29, pp.109-126
- Quesada, Fernando (2008). *Ciudad y ciudadanía: senderos contemporáneos de la filosofía política*. Madrid: Trotta.
- Rawls, John (1997) *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, John (2002). *Justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Rawls, John (2004). *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica.

- Raz, Josep (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, Joseph (1982) "Liberalism, Autonomy and the Politics of Neutral Concern" *Midwest Studies in Philosophy*. Vol. VII, Mineápolis, University of Minnesota Press, pp. 91-111.
- Resta, Eligio (1988). "Metáfora del contrato" en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 227-242
- Santiago, Alfonso (2017). *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Sherwin, Susan. (1992). "Abortion and Embodiment". *Australasian Journal of Philosophy*. N° 70
- Simon, Herbert (1955). "A Behavioral Model of Rational Choice". *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), pp. 99-118.
- Stephen, James Fitzjames (1873/1993). *Liberty, Equality, Fraternity*. Stuart Warner (editor). Indeanápolis: Liberty Fund.
- Taylor, Charles (1979). "What is wrong with negative liberty". En Ryan, Alan (ed.). *Idea of Freedom, Essays in Honour of Isaiah Berlin*. Oxford: Oxford University Press, pp. 175-193.
- Ten, Chin Liew (1968). "Mill on Self-regarding Actions". *Philosophy*. 43 (163), pp. 29-37.
- Thomson, Judith Jarvis (1971). "A Defense of Abortion". Rachels, J. (ed.). *Moral Problems*. Nueva York: Harper and Row.
- Tooley, Michael (1992). "Aborto e infanticidio". *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*. Madrid: Ediciones Cátedra, pp. 69-107
- Valdés, Margarita (1996). "El problema del aborto: tres enfoques". *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid: Trotta, pp. 241-258.
- Vigo, Rodolfo Luis (1992). "Aspectos polémicos en la obra de Michel Villey" en AA.VV. *Persona y Derecho*. Vol. 27. Pamplona: Universidad de Navarra.

Viola, Francesco (2015). "El estatuto jurídico de la persona". *Derecho y cambio social*. N° 40 Año XII, 2015. Lima, Perú.

Warren, Mary Anne (1995). "Sobre el status moral y legal del aborto". Luna, F., Salles, A. (eds.). *Decisiones de vida y muerte*. Buenos Aires: Sudamericana, pp. 186-204.

### **Jurisprudencia referenciada**

CSJN. "Indalia Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S.A.". [Argentina] 11 de diciembre de 1984.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 8ª Nominación de Santa Fe [Argentina]. "Pilo Mario Alfredo c/Provincia de Santa Fe y Otros/Recurso de Amparo". Septiembre de 2016. Disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/09/Jurisprudencia-Consumidor-13.09.pdf>

Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario nº14. Lanzieri, Silvano contra GCBA sobre Amparo – Otros. Expte. N° 3045/2020-0

Wackenheim v. France, Comm. 854/1999, U.N. Doc. A/57/40, Vol. II, at 179 (HRC 2002). Disponible en [http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.07.15\\_Wackenheim\\_v\\_France.htm](http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.07.15_Wackenheim_v_France.htm)

### **Normas referenciadas**

Constitución Nacional Argentina (reformada en 1994). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Francia, 26 de agosto de 1789. Disponible en <https://www.conseil->

constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789

Estatuto Provisional de 1815 en Galletti, A. Historia Constitucional Argentina. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 597-618.

Ley provincial [La Pampa, Argentina]. Ley 1828. Código Procesal Civil y Comercial. Sancionada el 3 de diciembre de 1998. Boletín Oficial, 12 de Marzo de 1999.

Ley provincial [Santa Fe, Argentina]. Ley 11241. Obligatoriedad del uso de cinturones de seguridad en vehículos automotores. Sancionada el 30 de noviembre de 1994. Boletín Oficial, 12 de Enero de 1995.

Ley provincial [Río Negro, Argentina]. Ley 5383. Prohibición de exhibir y vender alimentos con alto contenido de azúcar en las proximidades de las cajas registradoras de los supermercados. Sancionada el 2 de agosto de 2019. Boletín Oficial, 15 de agosto de 2019.

Resolución Conjunta (Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) n° 16/MJGGC/20. Disponible en [https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck\\_PE-RES-MJGGC-MSGC-MJGGC-16-20-5851.pdf](https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-RES-MJGGC-MSGC-MJGGC-16-20-5851.pdf) Ley nacional 26.994. Código Civil y Comercial. B.O. 8 de octubre de 2014. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>.