

El concepto jurídico de persona, el paternalismo jurídico y la nota de autonomía. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho



Helga María Lell

Es Posdoctora, Doctora en Derecho, Magíster en Filosofía, Magíster y Especialista en Estudios Sociales y Culturales y, Abogada. Se desempeña como Profesora de Filosofía del Derecho y del Taller de Argumentación Jurídica y Debate en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa donde, además, ha coordinado investigación y posgrado, y tiene su asiento institucional como Investigadora Adjunta de Conicet. Ha publicado libros y artículos, ha dirigido proyectos de investigación y ha realizado estadías de investigación en universidades europeas y latinoamericanas.

Resumen

Este trabajo analiza la tensión entre autonomía como una nota de la persona y la posibilidad de legitimar el paternalismo jurídico desde una perspectiva liberal. Se plantea si el Estado puede legítimamente intervenir sobre la libertad de una persona para evitar un auto-daño. Primero, el enfoque es desde la Filosofía del Derecho con casos propios del sistema legal de Argentina. Luego se genera una perspectiva compuesta por analistas 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).

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, un municipio operó la respectiva proscripción. El señor Manuel Wackenheim, enano cuyo sustento de vida era el trabajo de ser sujeto de lanzamiento, recurrió la decisión sin respuesta favorable en diversas instancias judiciales nacionales e internacionales. Wackenheim argumentaba que la normativa, a pesar de que decía proteger la dignidad humana, la violaba; porque en su caso la medida le prohibía trabajar en lo que siempre había hecho, lo cual lo perjudicaba.¹

Este trabajo es parte del primer capítulo de mi tesis de Maestría en Filosofía defendida en la UNQ en septiembre de 2021, cuyo título es “La contradicción de la justificación ética del paternalismo jurídico a la luz de la nota de autonomía del concepto de persona”. El capítulo se centra en las perspectivas filosóficas liberales sobre la libertad y la autonomía; el capítulo que le sigue se enfoca en las características del paternalismo y en las múltiples tensiones a la hora de legitimar las intervenciones desde una perspectiva liberal.²

En el caso tratado, el Estado utilizó dos vías argumentativas: proteger la dignidad del señor Wackenheim de los tratos indignos a los que él mismo se somete, y cuidar la moral pública (que la sociedad no realice ni vea prácticas indignas). La primera vía es paternalista, la segunda es perfeccionista.

¹ Cfr. Wackenheim v. France, Comm. 854/1999, U.N. Doc. A/57/40, Vol. II, at 179 (HRC 2002). En http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2002.07.15_Wackenheim_v_France.htm

² La tesis se encuentra disponible en RIDAA-UNQ: Llél, 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 posgrado). Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Argentina. Recuperado de: <https://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/3425>

Ciertamente, el caso muestra que, en ocasiones, el Estado crea obligaciones con el fin de proteger a los individuos contra actos que han escogido libremente y que podrían perjudicarlos. Estas obligaciones tutelares pueden ser decididas y aplicadas a pesar de la voluntad expresa del respectivo afectado. Aún más, es el Estado el que decide cuál es el mal menor (por ejemplo, en este caso, es preferible el desempleo a ser lanzado por el aire). Ahora bien, ¿es legítima esta decisión?, ¿es relevante en algún aspecto la voluntad de Wackenheim?, ¿en qué medida la libertad de Wackenheim ha sido relegada en pos de la dignidad del mismo sujeto?, ¿de qué manera se contraponen las decisiones estatales y la autonomía individual?, ¿puede alguien disponer de su dignidad con total libertad? Dicho de otra manera: ¿la libertad permite enajenar otros bienes humanos propios?; la disposición libre, ¿elimina la posibilidad de un daño a sí mismo?

En lo que sigue, este trabajo se concentra en describir el concepto de autonomía como nota de la persona y cómo ella entra en juego a la hora de pensar la legitimidad de las obligaciones políticas para la autoprotección. En particular, ello se contrapone con las disposiciones estatales que procuran generar un curso de acción que evita daños, no para la sociedad, sino para un sujeto, si es que esto se considera posible.

Lo anterior apunta a que, si se discute el paternalismo jurídico (medidas del Estado para evitar que un individuo se dañe a sí mismo) y el dilema respecto del daño a la persona (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 perspectivas dentro de la postura liberal de manera que puedan servir como estado de la cuestión.

El artículo se estructura en siete apartados. Los dos primeros presentan la temática desde la Filosofía del Derecho y brindan 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 tema de la Filosofía Política: Mill, Berlin, Hart, Devlin, Dworkin y Feinberg.

Reflexiones

Liberalismo, libertad y derecho

La libertad constituye el bien más valioso para el liberalismo, premisa —de acuerdo a *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*— que es el común denominador entre las diferentes corrientes.³ Esa prestigiosa Enciclopedia distingue el liberalismo clásico del “nuevo” y las teorías liberales de la justicia social. También se refiere a una clasificación de corte teórico y pedagógico que toma como ejes los aspectos metafísicos, políticos, axiológicos y éticos.

Es a través del ejercicio de la libertad que los individuos se caracterizan por su autonomía; es decir, que pueden regir sus acciones por sus propias normas⁴ y que, además, como lo afirma Carlos Nino, pueden diseñar sus planes de vida conforme a su escala de valores y sus metas.⁵

Definir la propiedad de sí, la libertad y la autonomía individual no es tarea sencilla, al contrario, ha dado lugar a un sinnúmero de debates teóricos y prácticos. No es el objetivo de este trabajo ahondar en estas disquisiciones, por lo que, en adelante, se hará referencia a ciertos aspectos de la autonomía como nota del concepto jurídico de persona desde la perspectiva liberal.

El concepto jurídico de persona resulta 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 característicos: la inviolabilidad, la dignidad y la autonomía.⁶ Entre ellos, por ejemplo, el Código Civil y Comercial argentino señala que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51) y, además, que el proyecto de vida de los individuos, que se desprende de su autonomía, no debe ser dañado (o, en otros términos, que quien daña el respectivo plan debe resarcir el daño) (art. 1.738).⁷

³ Cfr. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018.

⁴ 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, y 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 J. L. Martí, *La república deliberativa*, Barcelona/Madrid, Marcial Pons, 2006; y S. Linares, *Democracia participativa epistémica*, Barcelona/Madrid/Buenos Aires/San Pablo, Marcial Pons, 2017. 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.

⁵ Cfr. Nino, C., Los dilemas de la libertad. En *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, Buenos Aires, Siglo XXI, SADF, 2013, pp. 131-146.

⁶ 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 H. Lell: El concepto de persona humana en el sistema jurídico interamericano, en *Letra*, V(10), 2018, pp. 116-133. Allí se expone 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.

⁷ Ley nacional 26.994. Código Civil y Comercial. B.O. 8 de octubre de 2014. Recuperado de: <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, conviene consultar a Carlos Fernández Sessarego, en *Derecho y persona* (5ª ed.), Buenos Aires, Astrea, 2015.

A su vez, estas tres nociones, dignidad, autonomía e inviolabilidad, son difíciles de definir con claridad y de manera indiscutible. 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.⁸ En ese marco, existe un ámbito en el cual el Estado no tendría injerencia. Si sobrepasara ciertos límites, entonces, lesionaría al individuo. Determinar esas fronteras no es tarea fácil, aunque existe cierta aceptación respecto de que todo aquello en que la acción de un sujeto no afecte a terceros queda reservado solo al sujeto. Entonces, hay al menos un ámbito de intimidad en que el pleno ejercicio de la autonomía debería ser garantizado. En relación con lo antedicho, cabe mencionar el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina:

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.⁹

Esta norma —según Alfredo Galletti—, en la historia constitucional argentina tiene su primer antecedente en el Estatuto Provisional de 1815 (Sección VII, Cap. I, art. 1),¹⁰ y otro más 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 hom-

bre solo se limita mediante las leyes para que los demás miembros de la 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.¹¹

El artículo 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 y para la protección de la privacidad e intimidad de las personas. Respecto de su interpretación, hay que decir que es objeto de debates doctrinarios y jurisprudenciales. Uno de ellos versa sobre si se refiere a actos privados (aun cuando sean realizados en ámbitos públicos) o si se refiere solo a actos realizados en la privacidad. Por ejemplo, Carlos 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 cambio, Santiago Legarre sostiene que, en general (admite excepciones), las acciones realizadas en público no son privadas.¹²

Otro debate, que se relaciona con el anterior, es si las excepciones a la no intromisión estatal apuntan a actos que perjudican a terceros y que, por hacerlo, son ofensivos para la moral y el orden público; o si, por el contrario, son tres supuestos distintos. María Angélica Gelli, por ejemplo, remarca la dificultad de distinguir hasta qué punto

⁸ Cfr. A. Santiago. *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2017.

⁹ Constitución Nacional Argentina. Texto reformado en 1994. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

¹⁰ Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata, Platense, 1987, pp. 597-618.

¹¹ Arts. 4 y 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Francia, 26 de agosto de 1789. Recuperado de: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>

¹² Cfr. Nino, C.S. *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 2002, pp. 304-316; y Ensayo de delimitación de las acciones privadas de los hombres, en S. Legarre, *La Ley* (1999-B).

las acciones de los otros afectan nuestra vida sin contar con un parámetro valorativo (que, en ocasiones, es moral). Gelli expresa que la problemática se traslada hacia la determinación de cómo definir de manera legítima y razonable qué daños a terceros habilitan la acción limitativa de las autoridades estatales.¹³

El tercer debate versa sobre la doble cara de este precepto: la protección de la intimidad como esfera que contempla la posibilidad de ser dejado a solas, y la privacidad como no interferencia. Esa polémica se desarrolló en el curso de un fallo icónico dentro de la historia de la Corte Suprema de la Nación argentina: el derecho de Balbín (reconocido político argentino como diputado nacional y candidato a vicepresidente) a ser dejado a solas cuando, por el contrario, un fotógrafo le tomó una imagen durante su internación y en su lecho de muerte que fue publicada.

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 la disposición de la propia vida, la libertad de expresión y la tenencia de estupefacientes para consumo personal, entre otras prohibiciones. Dado que no es objeto de este trabajo abordar esta casuística, no nos detendremos ahora en ella.

En el contexto expuesto, Gelli destaca que el reconocimiento de la privacidad y de la legalidad como límites al actuar estatal implican el reconocimiento 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.¹⁴

Si seguimos los lineamientos antedichos, entonces, podremos notar que, al menos en el caso argentino, existe una combinación entre valores liberales en lo que respecta a la autonomía individual, con un Estado Social de Derecho, que apunta a la protección de la sociedad (por ejemplo, este se manifiesta en el artículo 14 bis de la Constitución nacional). Si bien, en principio, pareciera que la distinción entre ambas esferas podría trazarse de manera sencilla, esto no es completamente así. Muchas veces, los argumentos estatales traen a colación la protección del orden social o el bienestar de la comunidad o razones de moral pública para interferir en los cursos de acción privada. Quizás, en algunas ocasiones, el potencial daño a la comunidad sea indirecto y remoto. Ello conlleva la pregunta por la legitimidad de las medidas. Veamos un ejemplo.

En la provincia de Santa Fe (Argentina), como en otras jurisdicciones, existe una ley que dispone la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad para los conductores y acompañantes en automóviles.¹⁵ La constitucionalidad de esta norma fue cuestionada sin éxito. 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).

¹⁴ *Ibidem*, pp. 329-330.

¹⁵ 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. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/LPS0001128>

¹³ Cfr. Gelli, M.A. Comentario al artículo 19. *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada* (4º ed.), Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 333.

No obstante, no existen argumentos que expongan cómo la protección de la vida o la integridad de quienes usan el cinturón repercute favorablemente en la sociedad. De hecho, el juez se detiene a resaltar el valor de la vida de los individuos y en 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.¹⁶

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 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 expresado de esa manera genérica.

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 a 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?

¹⁶ 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. Recuperado de: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/09/Jurisprudencia-Consumidor-13.09.pdf>

El caso del uso obligatorio del cinturón de seguridad en un automóvil recuerda el caso de Wackenheim, con el que se inició este trabajo. Quizás en este último, el acto lesivo de la moral social es más ostensible que lo que acontece dentro de un automotor. Puede que la sociedad esté menos dispuesta a soportar que un sujeto sea lanzado en un espectáculo que el no uso de un cinturón. No obstante, el enano perdió su medio de vida, mientras que quien presentó un amparo en Santa Fe solamente debió soportar un cinturón. A pesar de esas diferencias, las preguntas se mantienen en uno y otro caso. La cuestión en este artículo no es si es conveniente salvaguardar la libertad en su totalidad o apoyar actos paternalistas jurídicos, sino mostrar que existe una tensión irrebatible y un tanto trágica: la autonomía, como nota de las personas, se resigna cuando acaece un acto paternalista que evita un daño a la misma persona. 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. El problema, para la concepción liberal frente al paternalismo jurídico, es que debe optar por un daño y, por ello, debe ponderar las alternativas.

Autonomía y paternalismo

La libertad como valor jurídico se expresa en las personas a través de la nota de autonomía.¹⁷ Las personas autónomas, según Joseph Raz, son aquellas que pueden formar su propia vida y planificar su curso. Son agentes que pueden decidir y ejecutar sus proyectos de vida. Los agentes autónomos, en estos términos, son creadores parciales de su propio mundo moral.¹⁸ La autonomía requiere que la creación de uno mismo se realice mediante la elección

¹⁷ Cfr. G. Díaz Pinto, *Autonomía y Paternalismo*, Tesis doctoral presentada en la Universidad de Castilla La Mancha, 1993, p. 62.

¹⁸ Cfr. J. Raz, Joseph, *Liberalism, Autonomy and the Politics of Neutral Concern*, *Midwest Studies in Philosophy*. Vol. VII, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1982, pp. 91-111.

entre un rango adecuado de opciones, que el agente sea consciente de esas opciones y del significado de sus elecciones y que sea independiente de toda coacción y manipulación por parte de otros. A su vez, generar un propio mundo moral con elecciones conlleva la posibilidad de contradicciones entre valores y bienes. Por ende, para que la autonomía sea posible, es necesario, de acuerdo a Joseph Raz, defender una posición moral pluralista.¹⁹

El filósofo del derecho argentino Martín Farrell explica que la teoría liberal tiene dos niveles: 1) el nivel superior, en el cual aparecen la defensa de la autonomía como forma de vida y sus argumentos justificatorios, 2) el nivel inferior en el que se encuentra la aplicación de la autonomía a diversos ámbitos como el político o el jurídico.²⁰

En cuanto al nivel superior, que es el que nos interesa en esta instancia, la autonomía se puede expresar en un lenguaje normativo o en un lenguaje descriptivo. Para el filósofo, un ejemplo de este último tipo es el siguiente: alguien es autónomo si los valores que guían sus acciones son sus propios valores (algo que también podría traducirse en la máxima kantiana, al menos si se espera que los valores sean universalizables). 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 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.

El problema que se suscita en este punto es que no existe una única forma de concebir la autonomía. El concepto es 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. En el fondo, también se discute la legitimidad de un Estado social de derecho.

Señala Nino que, entre los derechos básicos que reconoce el liberalismo, se encuentra la libertad de hacer ciertas cosas tales como profesar o no un culto religioso, expresar ideas, ejercer actividades laborales, asociarse con otros, trasladarse de un lugar a otro, 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 veda la interferencia en cualquier actividad que no cause perjuicios a terceros.²¹

Al margen de la disputa sobre si el Estado puede o no imponer legítimamente una concepción moral a través de regulaciones jurídicas (por ejemplo, el debate entre Devlin y Hart al que se hace referencia más adelante en este trabajo), el problema que interesa en las próximas páginas se centra en reconstruir los argumentos respecto de si puede o no el Estado imponer un curso de acción para el 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, entonces, nos encontramos ante posturas perfeccionistas. Si se trata de reducir el ámbito de libertad individual para lograr un mayor beneficio social, entonces, estamos en presencia de posturas utilitaristas. Finalmente, si se trata de exigir ciertas conductas en pos del no perjuicio del propio afectado

¹⁹ Cfr. Raz, J. *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

²⁰ Farrell, M. El liberalismo frente a Bentham y Mill, en *Τέλος*, 1(1), 1992, pp. 23-54.

²¹ Cfr. C. S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (2ª ed.), Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 201-205.

(y de nadie más), entonces, estamos ante un caso de paternalismo. Este trabajo, se concentra en el último de los casos, es decir, en el del paternalismo en un subtipo: el paternalismo jurídico.

En ese marco, retomando a Nino, este explica que la no interferencia estatal respecto de las conductas que no perjudican a terceros se funda en el principio de igualdad por cuanto implica el no abandono de la neutralidad estatal respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos. 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.²²

En estos términos, el bien más genérico que está protegido por el principio de autonomía es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros. 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. Como señala el mismo Nino, esta idea se basa en dos componentes:

1) la valoración positiva de la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida o en la adopción de ideales de excelencia que forman parte de la moral autorreferente y que están presupuestos por aquellos planes de vida. Este tipo de autonomía no debe ser confundido con un

tipo de moral más amplio o universal como sería el kantiano. Si bien no son incompatibles, ya que el segundo implica el primero, son distintos.

2) la prohibición al Estado y a otros individuos de interferir en el ejercicio de la autonomía.²³

Mill y la libertad

En 1859 se publicó *On Liberty* de John Stuart Mill, 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. 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”.²⁴

En su obra, Mill afirma que el principio que rige las relaciones entre la sociedad y el individuo en lo que tengan de compulsión o control 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, 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) no es razón suficiente. Asimismo, hay que aclarar que el individuo sobre el cual se aplica este principio es aquel que está en la madurez de sus facultades. Así lo dice Mill:

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 jus-

²² *Idem*, p. 205.

²³ *Idem*.

²⁴ Mill, J.S. *On Liberty*. En *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII. Essays on Politics and Society*. Parte 1. J. M. Robson (editor), Toronto, Toronto University Press, 1977, p. 219.

to. 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 meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.²⁵

El criterio que utiliza Mill para deslindar las instancias de soberanía es la noción de acto que perjudica a terceros, es decir, la distinción entre actos que se refieren a los demás y actos que solo conciernen a uno mismo. En ocasiones este criterio resulta poco claro puesto que, eventualmente, la sociedad podría invocar 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, su consentimiento para el lanzamiento solo podría afectarlo a él. No obstante, el espectáculo en sí, que algunas personas se deleiten viendo cómo alguien lanza seres humanos para hacer un show y que se organicen competencias con este objeto, podría herir la sensibilidad social y 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 aislado sino social. ¿Podría, entonces, el Estado traer a colación estos argumentos para evitar el desmoronamiento social?, ¿hasta dónde es la conducta de Wackenheim individual y únicamente auto-lesiva y dónde comienza el factor perjudicial 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.²⁶

Si una persona se daña a sí misma, puede afectar los intereses de otros, pero esto no es en sí mismo un inconveniente. 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.

Para que la desaprobación y las consecuencias negativas puedan ser justificadas, debe existir una obligación precisa y determinada. Lo contrario, es decir, cuando una conducta no viola ningún deber específico ni ocasiona un perjuicio perceptible a otro individuo, entonces, el inconveniente que se produce para la sociedad puede ser soportado por esta en pos del mayor bien de la libertad humana. Por lo demás, se da la mera desaprobación, porque la acción causa desagrado, parece repugnante o es considerada inmoral, todos efectos secundarios de una acción humana.

En relación con esto último, introduce Mill su crítica al paternalismo. Explica que podría darse el caso de que, ante adultos “viciosos e irreflexivos”, incapaces de gobernarse a sí mismos, la sociedad decida protegerlos contra sí mismos (de la misma manera en que protegería a los niños o menores). Si conductas como el juego, la embriaguez,

²⁵ Mill, J. S. *Sobre la libertad*. Pablo de Azcárate (trad.). Madrid, Alianza, 2013, p. 68.

²⁶ *Ibidem*, p. 159.

la incontinencia, la ociosidad o la suciedad fueran perjudiciales y obstáculos para el mejoramiento, entonces, la ley podría reprimirlos. Contra ello, el filósofo argumenta que la humanidad se beneficia cuando permite que cada cual viva a su manera. Ello por cuanto considera, 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 menos gravosos disponibles como la educación —lo cual abre el interrogante sobre si esto podría implicar la aceptación de un rol activo del Estado social de derecho— o sufrir las consecuencias de los propios errores), y porque 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, estas suelen ser acompañadas por medidas perfeccionistas.

Macario Alemany señala que el argumento antedicho puede ser interpretado de dos maneras: por un lado, como la afirmación de que en las sociedades contemporáneas no se dan las circunstancias que hacen posible el paternalismo justificado; por el otro, como un corolario de la afirmación de que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses.

La otra interpretación del por qué 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.²⁷

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, la libertad.

[quien se vende como esclavo] Destruye, por consiguiente, en su propio caso, la razón que justifica que se le permita disponer de sí mismo. Deja de ser libre y, en adelante, su posición es tal que no admite en su favor la presunción de que permanece voluntariamente en ella. El principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre.²⁸

Uno de los críticos de Mill fue James Fitzjames Stephen quien, respecto de *On Liberty*, menciona que cae en algunas afirmaciones simples y no probadas. Una de las cuestiones que 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, 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.²⁹

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; ni 2) que fuera bueno para alguien el ser forzado a hacer algo que no quiere, 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 se promueve.

²⁷ Alemany García, M. *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis de doctorado. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2005, p. 72.

²⁸ Mill, *Op. cit.*, 2013, p. 190.

²⁹ Cfr. Stephen, J.F. *Liberty, Equality, Fraternity*, Indiana University Press, 1993, pp. 7 y 8.

En estos términos, entonces, la excepción para defender la no interferencia sobre los actos propios acabaría por no existir en la práctica porque 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, puesto que parecería que 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 parámetros a priori para respaldar dicha aseveración. Entonces, es un supuesto antes que una premisa válida constatada empíricamente.

Por su parte, Gerald Dworkin —quien ha realizado críticas a la postura de Mill que resultan relevantes en cuanto al paternalismo—, señala que Mill ha sido demasiado radical en la prohibición contra el paternalismo, ya que la coerción no sería nunca un medio adecuado para satisfacer los intereses de los individuos, y que el daño que se produciría sería mayor al bien alcanzado.³⁰

No obstante, el filósofo inglés flexibilizaría esta idea en *Principios de economía política* ya que allí admitiría algunas limitaciones al principio de que los individuos son quienes velan mejor por sus propios intereses. Estas limitaciones consisten, por un lado, en cuestiones de gran utilidad que no se refieren a la satisfacción de necesidades ordinarias de la vida y cuya falta se siente donde más se necesita;³¹ y por el otro, en situaciones en las que el

individuo decide irrevocablemente en el presente lo que será mejor para él en un futuro lejano. Allí, Mill habla de una presunción fuerte contra la intervención, pero no habla de una prohibición absoluta. Por otra parte, cree que las medidas paternalistas, al requerir coerción, ocasionan siempre un mal mayor que la ausencia de ellas. Dworkin critica que eso no pueda ser demostrado ya que, impedir que alguien se venda como esclavo, que tome heroína, que conduzca un auto sin ponerse el cinturón de seguridad pueden ser males menores que la permisividad de dichas conductas.

La desconfianza en el paternalismo que se sostiene en *On Liberty* no surgiría tanto de la posición utilitarista sino de la concepción antropológica de la persona como ser autónomo 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 podría justificarse el paternalismo para preservar un ámbito de libertad más amplio para el individuo en cuestión.

Berlín y dos conceptos de la libertad

Isaiah Berlín explica que “libertad” tiene muchos significados. En particular, él se aboca a dos de ellos. El primero, el sentido 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.³²

[...] la libertad política es simplemente el campo dentro del cual un hombre puede actuar sin obstrucciones de otros. Si otras personas me impiden

³⁰ Cfr. Dworkin, G. Paternalism. Sartorius, R. (comp.). *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, pp. 19-34.

³¹ Serían las cosas que tienden a elevar el carácter humano; por ejemplo, dice Mill que las personas incultas no pueden ser jueces competentes de la cultura, pues los que más necesitan ser 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. Cfr. Mill, J.S. *Principios de economía política*. Teodoro Ortiz (traductor). Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 814-815.

³² Berlin, I., *Two Concepts of Liberty* (1958). *Four Essays on Liberty*, Nueva York, Oxford University Press, 1969, pp. 121-131.

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.³³

La coerción cumple un papel crucial en este sentido. Como el mismo Berlín aclara: toda interferencia deliberada de otros seres humanos que provoca que alguien actúe diferente a como lo haría de no existir tal intromisión. A su vez, esa interferencia debe ser un acto humano deliberado, es decir, arreglos que otros sujetos hacen y que dan como resultado la frustración de los deseos de un tercer individuo. Por ejemplo, claramente la incapacidad natural de saltar más de dos metros de altura no implica coerción puesto que esto es una condición física. Un caso menos claro y que depende de la aceptación de teorías económicas y sociales es el caso de no contar con recursos económicos para solventar un viaje alrededor del mundo.

La libertad negativa es, entonces, la ausencia de obstáculos generados por otros. Cuanto más amplia sea la zona de no interferencia, mayor grado de libertad habrá. A pesar de ello, Berlín reconoce que, en pos de lograr ciertos objetivos y orden en la sociedad, la libertad suele ser limitada. Aun así, existe una zona mínima de libertad personal que 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.³⁴

El segundo sentido, denominado “positivo”, responde a la pregunta por 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 es instrumento de su propia voluntad y no de otros hombres, sus decisiones dependen de sí mismo y no de fuerzas externas.

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-decisor, no alguien por quien se decide; autodirigido, no guiado por la naturaleza externa o por otros hombres 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.³⁵

Si la esencia de los hombres es ser 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.

Si bien a primera vista existe una gran semejanza entre la libertad en sentido negativo y en sentido positivo, señala Berlín que existen diferencias a punto tal 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 darse lugar a la distinción entre una “naturaleza superior” y una “inferior”. Esta última consiste en un “yo empírico” o heterónomo que, movido por pasiones y deseos, debe ser disciplinado para estar a la altura de la naturaleza real o superior. Incluso 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 coinci-

³³ Berlín, I. Dos conceptos de la libertad. Quinton, Anthony (compilador), *Filosofía Política*, México/Buenos Aires/Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 217.

³⁴ *Ibidem.*, p. 219.

³⁵ *Ibidem.*, p. 229.

den con las que se supone que racionalmente tomaría si su naturaleza superior lo guiara, entonces, se considera que puede ser corregido bajo coerción puesto que él mismo hubiera actuado diferente de haber sido consciente.

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 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.³⁶

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 la eliminación del tratamiento de estos como seres humanos. Conducirlos hacia ciertos cursos de acción, sea mediante coerción o alguna forma de engaño conforme con algo más allá que ellos mismos, es tomarlos como medios y no como fines en sí mismos, contradice el imperativo kantiano. Es negar aquello que los hace personas, al menos desde una concepción liberal. El paternalismo es despótico, dice Berlín, porque es un insulto a la concepción propia sobre uno mismo como ser humano determinado a hacer la propia vida conforme a los propios fines (que no necesariamente deben ser racionales o benevolentes) y con derecho a ser reconocido como tal por otros.³⁷

Un autor 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, a su juicio, 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.³⁸

El debate entre Hart y Devlin

En Reino Unido, en 1954, se constituyó el denominado “Comité Wolfenden”, que debía reconsiderar, entre otros asuntos, la persecución penal por el ejercicio de la prostitución y por las relaciones homosexuales entre hombres. 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 privado. No obstante, las autoridades estatales no siguieron este consejo y la persecución penal continuó. En cuanto a la prostitución, el Comité 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 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.³⁹

³⁸ Cfr. Taylor, C., What is wrong with negative liberty. En Ryan, Alan (ed.). *Idea of Freedom, Essays in Honour of Isaiah Berlin*. Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 175-193.

³⁹ Este argumento está contenido en la sección 13. Ha sido

³⁶ *Ibidem.*, p. 231.

³⁷ Cfr., p. 157.

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 no es de incumbencia de la legislación.⁴⁰

Once años después de la publicación de aquel informe, en *The Enforcement of Morals*, se afirmó que la supresión del vicio es asunto del derecho como lo es la supresión de las actividades subversivas.⁴¹ Al respecto explicó que el derecho penal nunca ha tomado el consentimiento de la víctima como una eximente de la responsabilidad del presunto criminal. Cuando acaece un homicidio, es irrelevante que el muerto haya consentido; ante una agresión, no importa que el agredido crea haber merecido el maltrato. El derecho existe para proteger a la sociedad y no a los individuos, afirma este autor. Un hombre no puede consentir previamente a la comisión de un delito contra él o perdonarlo luego de realizado, porque se trata de delitos contra la sociedad, algo que también se demuestra en que la persecución es hecha siempre por el Estado y no por particulares solamente.⁴²

Como puede notarse, no se trata de la imposición de una moral social de manera coactiva, sino más bien de la postura moralista jurídica de Devlin: implica eliminar actos que atentan contra la moral social y que, por ende, ponen en riesgo la existencia de la sociedad misma.

Frente a estas aseveraciones, Hart tomó posición a favor de las disposiciones del Comité 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 expuestos por

Devlin pueden ser explicadas como casos de paternalismo dirigido a proteger a los individuos de sí mismos. Agrega que Mill hubiera estado en contra de la criminalización de estas conductas, como también de aquellas que intentan imponer una moralidad positiva. Hart remarca la diferencia entre el problema del paternalismo y el problema del perfeccionismo.⁴³

El paternalismo y el perfeccionismo tienen en común que ambos se oponen al principio propuesto por Mill (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 los hechos, pero las razones que conducen a la sanción son distintas en cada caso: para un perfeccionista el objetivo es evitar un acto que atente contra la moral social como es quitarse la vida; en cambio, para un paternalista se trata de evitar que un individuo se dañe a sí mismo al quitarse un bien como es la vida.⁴⁴

Dicho de otra forma, el paternalismo se centra en la evitación de daños y su justificación enfatiza que es el individuo quien siempre está en mejores condiciones para saber lo que es mejor para sí mismo o sus propios intereses. Allí Hart introduce una cuestión de suma relevancia: 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 presiones internas y externas).⁴⁵ En ese marco, el filósofo del derecho 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*.⁴⁶

consultado en H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*. Oxford, Oxford University Press Paperback, 1968, p. 14.

⁴⁰ Este argumento está contenido en la sección 61. Ha sido consultado en Hart, *Idem*.

⁴¹ Devlin, P. *The Enforcement of Morals*. Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 13.

⁴² *Ibidem.*, p. 6.

⁴³ *Op. cit.*, p. 31.

⁴⁴ Alemany, *Op. cit.*, p. 83.

⁴⁵ Hart, *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁶ *Idem*.

Dworkin, la autonomía y el paternalismo

Gerard Dworkin es uno de los principales autores que han tratado el problema del paternalismo. En uno de sus trabajos, explica que su concepción lo toma como una violación de la autonomía de la persona (entendida esta como algo diferente a la libertad). Para que pueda darse este fenómeno, debe haber desplazamiento ("usurpación") de la toma de decisiones. En ese marco, este autor explica que detrás de las concepciones sobre la autonomía subyace siempre un concepto de autonomía.⁴⁷ Las diversas teorías existentes suelen tener en común que piensan a la persona como un ser que se autodetermina. El autor que aquí nos convoca menciona que su concepción de la autonomía se caracteriza por:

- 1) ser relevante para juzgar problemas que se presenten en el ámbito de la moral, de la política y de lo social;
- 2) ser posible de alcanzar; y
- 3) permitir evitar las principales dificultades y problemas respecto de cuestiones políticas, sociales y morales como, por ejemplo, la tensión entre el auto-gobierno y las influencias sociales, la tensión entre la idea de auto-gobierno y la objetividad y la autonomía como noción sustantiva o puramente formal.

A partir de ello, la autonomía se caracteriza como una capacidad de segundo orden de las personas para reflexionar críticamente sobre sus preferencias de primer orden, anhelos, deseos, entre otros, y la capacidad para aceptarlos o tratar de cambiarlos a la luz de preferencias y valores de un orden más alto. Por medio del ejercicio de esta capacidad, las personas definen su naturaleza, dan coherencia y significado a sus vidas y asumen la responsabilidad por el tipo de personas que son.⁴⁸ Esta concepción de la autonomía tiene cuatro características.

1) Implica un concepto global ya que sería una propiedad atribuible a formas de vivir o a largos períodos en la vida de las personas (y no a breves momentos). Sobre un momento específico de la vida de alguien, se puede predicar la identificación entre las preferencias de primer orden y las de segundo orden, es decir, la persona actúa movida por una preferencia con la que además se identifica.

2) Si bien se relaciona con la identificación, es más que ella ya que hay muchas maneras de interferir con la autonomía sin afectar la identificación. Por ejemplo, la manipulación o la ignorancia no tienen que ver con la identificación sino con la capacidad de construir o rechazar tales identificaciones.

3) Requiere que, para alterar las preferencias, el cambio cumpla con ciertas condiciones de "independencia procedimental".

4) 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 este fuera el propio deseo.⁴⁹

En estos términos, la autonomía sería una noción más amplia que la de libertad. Para Dworkin es la ausencia de interferencias o la presencia de alternativas. Sería la capacidad de una persona de hacer lo que desea y de disponer de opciones significativas que no son cerradas o desalentadas por las acciones de otros agentes.⁵⁰ Significa que la entiende en el sentido negativo.

Ahora bien, no todas las interferencias a la libertad son interferencias a la autonomía, como tampoco todas las interferencias a la autonomía afectan a la libertad. Por ejemplo: cuando se engaña a alguien para que haga algo, no se daña la libertad, pero sí la autonomía indivi-

⁴⁷ Dworkin, G. *The Theory and Practice of Autonomy*. Nueva York, Cambridge University Press, 1995, p. 9.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 14-16.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 105.

dual. Por el contrario, no se interfirió con la autonomía, pero sí con la libertad cuando Ulises fue atado al mástil para no caer en el encanto de las Sirenas.⁵¹

La posibilidad de promover la autonomía mediante la interferencia con la libertad pone en cuestión el alcance y los límites del principio según el cual una persona racional siempre preferiría la opción de ver aumentadas sus oportunidades. Entre las razones que podrían limitar este principio se hallarían la existencia de costos en la toma de decisiones, el sufrimiento de responsabilidad derivado de la posibilidad de haber elegido de otra forma, las presiones que se pueden originar para que se elija determinada acción, las modificaciones negativas que se pueden producir en la situación original al incorporar nuevas opciones, la disminución del bienestar debida al incremento de opciones, la presencia de opciones cuya disposición es en sí misma inmoral y las razones paternalistas.⁵²

Respecto de las razones paternalistas, Dworkin menciona que se trata de casos en los que es racional para los individuos rechazar la posibilidad de hacer elecciones sobre la base de que si estuvieran disponibles se verían tentados de adoptarlas y reconocer por adelantado que tomar tales decisiones sería dañoso en términos de sus intereses a largo plazo.⁵³

Sobre las razones para no desear ver ampliado el conjunto de oportunidades, Dworkin hace una serie de consideraciones generales que denomina "precauciones". La primera de ellas es sobre el hecho de que la gente no prefiera disponer de cierta oportunidad, y de ello se deriva su disposición a abstenerse de ejercerla. El ejemplo que trae a colación es que puede ser mejor para las personas no tener la oportunidad de resolver problemas de manera violenta, pero cuando la chance existe puede ser inevitable recurrir a ella.

La segunda es que, aunque el Estado puede ser un instrumento para la limitación de oportunidades, no siempre es lo más adecuado. De hecho, en muchas ocasiones los individuos podrían llegar a acuerdos privados o a idear mecanismos propios antes que llegar a un juicio civil o penal; por ejemplo, la mediación para llegar a un acuerdo entre partes.

Lo tercero a considerar es que, del hecho de que en ciertas circunstancias pudiera ser racional para un individuo ver restringidas sus oportunidades, no se sigue que otros puedan restringirlas en sus nombres y contra su voluntad. La cuestión de lo que es en el mejor interés de la gente es relevante para decidir cuándo la coerción está implicada pero no es concluyente.⁵⁴

Feinberg y la autonomía

Joel Feinberg señala que "autonomía" se aplicó originalmente a los Estados e instituciones que tenían la posibilidad de auto-normarse o autogobernarse. Desde allí se trasladó metafóricamente a la autonomía personal.⁵⁵ Distingue cuatro sentidos de "autonomía".

1) *autonomía como capacidad*. Es necesaria como condición real de autogobierno y como derecho. Está determinada por la capacidad de hacer elecciones racionales. En el campo jurídico, solamente los que son capaces en este sentido son competentes jurídicamente y ello significa tener la mínima capacidad relevante para una tarea. Si se piensa la autonomía como autogobierno, entonces, la capacidad mínima requerida consiste en conducir la propia vida conforme a los valores que el mismo individuo elige.

2) *autonomía como condición*. Hace referencia a las circunstancias que deben darse para que un individuo tenga la oportunidad de ejercer sus capacidades y derechos.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 106.

⁵² *Ibidem.*, pp. 69-75.

⁵³ *Ibidem.*, p. 76.

⁵⁴ *Ibidem.*, p. 78.

⁵⁵ Feinberg, J. *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*. Nueva York, Oxford University Press, 1986 p. 28

3) *autonomía como ideal*. Consiste en tener un carácter genuinamente digno de admiración y emulación. Algo relevante que destaca Feinberg al respecto es que implica la autodeterminación concordante 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. Esgradable, delegada y un privilegio.⁵⁶

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 importantes sobre la propia vida son parte de la soberanía individual.⁵⁷

La pregunta que se plantea a partir de esta concepción es si allí también se pueden incluir decisiones como, por ejemplo, decidir ponerse o no el cinturón de seguridad al manejar un auto. Feinberg expone dos vías:

- 1) seguir los postulados de Mill para distinguir si las decisiones autorreferentes pertenecen y producen efectos solo al/sobre el individuo;
- 2) limitar las fronteras de la soberanía individual a los intereses que son centrales, o que son expresivos de la persona de una manera esencial.

Él se inclina por la primera postura, porque la segunda —explica— puede derivar en arbitrariedades para demarcar qué es y qué no es central en términos generales, y más aún en torno a cada individuo en particular, puesto que lo que puede ser trivial para alguien puede no serlo para otros.

A partir de delimitar el ámbito de la autonomía individual como una conducta autorreferente, el paternalista tendría un problema: 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.⁵⁸

Conclusiones

Este trabajo ha presentado un conjunto de posturas en torno a la libertad y la autonomía como notas de las personas. Ello en función de mostrar una visión antropológica que permita reconstruir el dilema entre lesionar la autonomía o permitir un posible auto-daño por parte de los individuos.

A raíz de la exposición de los autores, podemos notar que no existe una explicación uniforme respecto de las diferencias entre la autonomía y la libertad (cuál es más amplia, cuál fundamenta la otra, si puede lesionarse una sin lesionar la restante), aunque en ningún caso se niega la estrecha relación entre ambas. La mirada desde la cual se han abordado aquí los postulados es 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. El objetivo, en tal sentido, no es la tutela de la sociedad, sino del 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 los que dañan a otros parece convincente, se ha comentado que, en realidad, el criterio dista de ser sencillo. Es difícil pensar en acciones que no repercutan —aunque sea indirectamente— sobre terceros. No

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 28-34.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 54.

⁵⁸ Cfr. Feinberg, J. Legal Paternalism. Sartorius, Rolf (comp.). *Paternalism*. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, pp. 3-18.

obstante, para fundamentar la posibilidad de generar obligaciones por parte del Estado y hacia el individuo, dicha repercusión debe ser ponderada: ¿cuál es el costo de reducir 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 de los cursos de acción. Precisamente, el paternalismo pareciera partir de una necesidad de tutela en casos en los cuales los individuos no parecieran poder discernir el perjuicio efecto de sus acciones y, por ende, tampoco estarían en condiciones de decidir autónomamente a raíz de su incompetencia básica.

Ahora bien, los presupuestos en uno y otro caso son distintos: mientras que posturas liberales como la de Mill proponen que nadie mejor que el propio sujeto para determinar qué es un perjuicio para sí mismo, hay posturas que abogan por el paternalismo presuponiendo la posibilidad de que las capacidades del sujeto no sean tan amplias ni certeras.

Como puede notarse, la cuestión acerca del daño que se produce a la persona —sea porque se reduce su libertad/autonomía o sea porque se permita que se auto-perjudique— no es sencilla de resolver. En última instancia, se requiere adoptar una postura antropológica que permita jerarquizar qué dimensión debe preservarse incólume.