

## A VUELTAS CON EL PATERNALISMO JURÍDICO\*

### THINKING ABOUT LEGAL PATERNALISM

MIGUEL A. RAMIRO AVILÉS  
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 16-1-2006

Fecha de aceptación: 31-1-2006

**Resumen:** *Uno de los mayores retos que se le plantean al Estado de Derecho es hacer compatibles los derechos humanos y el paternalismo jurídico. En este trabajo se ofrecen algunas claves que permiten subrayar dicha compatibilidad, legitimando de ese modo las intervenciones del Estado en la vida de las personas cuando su comportamiento no afecta a terceras personas.*

**Abstract:** *A major challenge the rule of law must face up is to reconcile human rights and legal paternalism. This article provides some clues for underlying the compatibility between them, legitimizing State interferences on people's life when behaviour do not harm to others.*

**PALABRAS CLAVES:** Paternalismo, criterios de incompetencia.

**KEY WORDS:** Paternalism, incompetence criteria.

*«El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo»*

(John Stuart Mill, *Sobre la Libertad*, 1859)

---

\* Quisiera agradecer a Javier Ansuategui, Rafael de Asís, María del Carmen Barranco, Juan Antonio García Amado, Jorge Málem y Juan Oliva los comentarios y sugerencias que han hecho a este trabajo.

## 1. INTRODUCCIÓN

El texto que encabeza este trabajo contiene una férrea defensa de un principio que debería ser básico en todo Estado de Derecho: sólo cuando exista daño a terceras personas, está justificada la imposición coactiva de una conducta que restrinja la libertad de acción. Según Francisco Laporta, en ese texto de J.S. Mill se ataca tanto al moralismo legal<sup>1</sup> como al paternalismo<sup>2</sup> ya que «las normas jurídicas, el poder coactivo del Estado, no pueden forzar la conciencia individual ni la práctica privada en aquellas materias que, como las convicciones religiosas o las prácticas sexuales consentidas entre adultos, no conciernen más que a quien las mantiene»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> El concepto *moralismo legal* se usa en sentido estricto ya que, como señala F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1993, p. 48, su acepción más amplia hace referencia a la transformación de normas morales en normas jurídicas. Por otro lado, como vuelve a señalar LAPORTA en la misma obra pero en la página 52, el *moralismo legal* en sentido estricto, el que defiende P. DEVLIN en *The Enforcement of Morals*, no sólo supone la inclusión de valores morales en las normas jurídicas sino también la consideración de que esa moralidad positiva está justificada.

<sup>2</sup> A este dúo puede añadirse el perfeccionismo ético/político que es propio de los sistemas políticos que, sobre la base de una determinada idea de justicia y/o ideología, imponen un modo de vida que es considerado como el único posible. El Estado hace obligatorio un determinado plan de vida y elimina el resto de opciones, dañen o no a terceras personas, a través de una ética pública *excluyente* que trata que todas las personas se hagan a imagen y semejanza de un modelo previamente determinado. Cfr. V. CAMPS, "Paternalismo y bien común", *Doxa*, núm. 5, p. 200. Ese perfeccionismo no es, por lo tanto, al que alude J. RAZ en *The Morality of Freedom* y que ha sido calificado como *liberal*. En este sentido, J.L. COLOMER, "Libertad personal, moral y Derecho. La idea de la 'neutralidad moral del Estado liberal'", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2, 1998, p. 102, reconoce que es preciso diferenciar entre un perfeccionismo ético admisible, el de J. RAZ, y otro inaceptable, el de un sistema totalitario.

<sup>3</sup> F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, cit. p. 48. No conviene confundir el paternalismo y el moralismo legal. La distinción, según C.L. TEN, "Paternalism and Morality", *Ratio*, núm. 13, 1971, pp. 63-65, se puede resumir en tres puntos: (i) el paternalismo protege a los individuos de acciones autodañosas cuando son incompetentes, mientras que el moralismo supone interferir en el acto de un individuo incluso cuando ningún factor que afecta a la competencia está presente; (ii) el paternalismo no sanciona la maldad moral de una persona, mientras que el moralismo tiene como objetivo a la persona que viola la moralidad aceptada de la sociedad; (iii) el paternalismo trata de proteger los intereses de las personas a las que se dirigen las medidas paternalistas, mientras que el moralismo apela a consideraciones más generales que pueden tener poco o nada que ver con los intereses de estas personas. M. BAYLES, "Criminal Paternalism", *The Limits of Law*, Nomos XV, J.R.R. Pennock and J.W. Chapman (comps.), New York U.P., New York, 1974, p. 178, añadiría (i) que el paternalismo no prohíbe acciones atendiendo exclusivamente al criterio de la moralidad social ya que incluso prohíbe acciones que socialmente están bien consideradas (p.e., el consumo de alcohol) y (ii) que el moralismo legal prohíbe las acciones simplemente porque son

En lo que sigue voy a centrar mi atención en el paternalismo jurídico. En dicho caso se produce una intromisión por parte del Estado en la vida de las personas a través de ciertas políticas públicas o de normas jurídicas que, en su versión negativa, *prohíben* la realización de una serie de comportamientos, *obstaculizan* ciertas acciones, *desalientan* determinadas opciones o *desaconsejan* algunas elecciones que directamente no dañan a terceras personas pero que pueden dañar o no beneficiar a las personas que los realizan.

La cuestión principal que se dilucida es que dicha intervención estatal debe estar suficientemente justificada para que encaje y no chirrié con aquel principio que debe ser básico en todo Estado de Derecho y no limite en exceso la autonomía individual, la cual juega un papel muy importante en ese tipo de Estado ya que permite mantener la presunción de que todas las personas tienen la suficiente competencia para ejercitar sus derechos o para juzgar qué es aquello que más les conviene. El respeto a la autonomía personal garantiza que a nadie se le pueda imponer cómo debe vivir o qué debe hacer con su vida, siempre, obviamente, dentro del límite del daño a terceras personas<sup>4</sup>. Así se construye la plura-

---

contrarias a la moralidad positiva, mientras que el paternalismo sólo prohíbe las acciones que causan un daño a la persona que las realiza. Recientemente, G. DWORKIN, "Moral Paternalism", *Law and Philosophy*, núm. 24, 2005, pp. 305-319, ha introducido una nueva variable al tratar de diferenciar el paternalismo jurídico y el moralismo legal del paternalismo moral.

<sup>4</sup> Las normas jurídicas que protegen la inviolabilidad de la persona no son paternalistas desde el momento en que se demuestre que la acción cuya realización se prohíbe, dificulta u obstaculiza daña a terceras personas. D. SCOCCIA, "Paternalism and respect for Autonomy", *Ethics*, núm. 100, 1990, p. 320, señala al respecto que si se interfiere en los planes del nazi o del inquisidor, «nuestra justificación es (o debería ser) que estamos impidiendo que hagan daño a otros o que violen sus derechos, no que estamos haciendo algo que es mejor para ellos». En este sentido, M. BAYLES, "Criminal Paternalism", cit., p. 176, traza una línea de demarcación clara entre las disposiciones normativas que prohíben acciones que dañan a terceras personas y las disposiciones normativas paternalistas. Indica que «aunque ambas tratan de prevenir el daño, tratan de prevenirlo en diferentes personas» porque «el principio del daño requiere que la acción de A cause daño en B» mientras que «el paternalismo requiere que la acción de A cause un daño en sí mismo». Creo que esa línea de demarcación es acertada y válida, aun con los casos más difíciles de *paternalismo indirecto*, esto es, aquellas normas jurídicas paternalistas que restringen la acción de una tercera persona para proteger el bienestar de otro. En esos casos la imposición de obligaciones a terceras personas se hace, como dice A. GUTMANN, "Children, Paternalism and Education: a liberal argument", *Philosophy & Public Affairs*, núm. 9, 1980, pp. 338-339, para evitar un daño al considerado como incompetente básico. Así, por ejemplo, la norma jurídica que obliga a los padres a llevar a los hijos a un centro de enseñanza tiene como objetivo principal protegerles de sus decisiones inmaduras. Como señala C. TOMÁS-VALIENTE, "The Justification of Paternalism", *Rechtstheorie*, núm. 30, 1990, p. 435, en esas medidas normativas paternalistas indirectas, aunque es cierto que

alidad social propia de todo Estado de Derecho, y ello implicará la existencia de grupos minoritarios de personas que van a rechazar las opciones mayoritarias y que no podrán ser compelidos por el Estado a cambiar pues éste, en principio, debe mantener una postura neutral sobre los diferentes planes de vida<sup>5</sup>.

El problema que plantea el paternalismo en un Estado de Derecho es que el Estado, además de sus funciones de policía y redistribución, asume una tarea activa en el desarrollo de la vida de las personas promoviendo o prohibiendo ciertos comportamientos que no dañan a terceras personas. El Estado de Derecho, ni en su versión liberal clásica ni en su versión social, adopta un mera postura abstencionista que suponga una total despreocupación de lo que le ocurra a sus ciudadanos sino que interviene activamente en la promoción y el reconocimiento de algunos modos de vida, en la obstaculización o en la simple tolerancia de otros. Esto debe hacernos comprender que ningún Estado, ni tan siquiera aquellos en los que se hace realidad la ética pública *no excluyente* que reclama Gregorio Peces-Barba, mantiene una postura neutral o indiferente frente a las elecciones y decisiones de sus ciudadanos. La ética pública, caracterizada en un primer momento como formal y procedimental, es *per se* una opción material que construye un ámbito de libertad en el que las personas pueden hacer ciertas elecciones o tomar ciertas decisiones, amparándose en sus derechos y libertades, sin ser molestados por el Estado o por terceras personas<sup>6</sup>. De este modo, todo Estado opta por algunas de esas elecciones o decisiones, y manifiesta su desagrado o desacuerdo con otras. Esa toma de postura conlleva que en ciertas ocasiones haga uso de diferentes ramas del Derecho y/o de ciertas políticas públicas como instrumentos útiles y eficaces para permitir, incentivar, prohibir o desalentar algunas de esas elecciones y decisiones.

---

se interfiere la libertad de una tercera persona, y que incluso está sujeta a la coerción más directa, también se limita la libertad del individuo que tratan de proteger.

<sup>5</sup> Véanse P. DE MARNEFFE, "Liberalism, liberty and neutrality", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19 núm. 3, 1990, pp. 253-274; R.E GOODIN y A. REEVE, "Liberalism and neutrality" y "Do neutral institutions add up a neutral state?", ambos en R.E. GOODIN and A. REEVE (eds.), *Liberal Neutrality*, Routledge, London, 1989, pp. 1-8 y 193-210; J. WALDRON, "Legislation and moral neutrality", en *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge U.P., 1993, pp. 143-167; M.A. RAMIRO AVILÉS, "Paternalismo jurídico y moralismo legal en una sociedad multicultural: el caso de las comunidades intencionales (a propósito de *The Village*)" en F.J. ANSUATEGUI, J.A. LOPEZ, A. del REAL y R. RUIZ (eds.), *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 111-151.

<sup>6</sup> G. PECES-BARBA, *Ética, Poder y Derecho*, CEPC, Madrid, 1995, pp. 75-76.



El Estado, por lo tanto, se preocupa por el bienestar de los ciudadanos y debemos saber hasta qué punto esa preocupación y consiguiente intervención están justificadas. El modo en que interfiera afectará irremediamente a su legitimidad, esto es, al conjunto de valores y principios que operan como criterios de justificación de las normas jurídicas e instituciones políticas vigentes en una sociedad. El paternalismo jurídico plantea, pues, un problema crucial en una sociedad liberal pues debe explicarse porqué está justificado que el Estado limite la libertad de sus ciudadanos cuando sus comportamientos no dañan a terceras personas<sup>7</sup>. Encuadra, de esta forma, uno de los temas capitales de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política ya que trata de averiguar cuál debe ser la «extensión adecuada de la interferencia del gobierno con la actividad individual»<sup>8</sup>. Y al hacer dicha averiguación se determinará el tipo de Estado ante el que nos encontramos, afectándose por ello a cuestiones vinculadas con los derechos humanos porque mantiene una tensa relación con derechos básicos que son reconocidos en una determinada comunidad política. La admisión de la medida paternalista justificaría la limitación de ciertos derechos pues supondría no tomar en consideración la decisión libre y autónoma adoptada por una persona<sup>9</sup>. Como señala Jeffrie Murphy, «derechos humanos básicos (incluido el derecho a hacer cosas estúpidas y peligrosas si uno lo desea) pueden ser puestos a un lado, y la persona incompetente puede ser tratada simplemente como el objeto de las preocupaciones benevolentes de alguien (normalmente el Estado)»<sup>10</sup>.

No obstante estos problemas, la presencia de ciertas medidas normativas paternalistas en el Estado de Derecho es, hasta cierto punto, inevitable porque, como señala Francisco Laporta, «existen supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria»<sup>11</sup>, o, como dice Ernesto Garzón Valdés, en nuestras sociedades existen medidas paternalista que

---

<sup>7</sup> C.H. WELLMAN, "Liberalism, samaritanism and political legitimacy", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25 núm. 3, 1996, p. 212.

<sup>8</sup> D.H. REGAN, "Justification for Paternalism", *The Limits of Law*, cit., p. 189; P. DIETERLEN, "Paternalismo y Estado de bienestar", *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 175; F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, cit. p. 36.

<sup>9</sup> En todo caso, en mi opinión, no será una medida normativa paternalista aquella medida normativa que suponga el reconocimiento de un derecho ya sea por generalización o por especificación de los sujetos.

<sup>10</sup> J. MURPHY, "Incompetence and Paternalism", *Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophy*, núm. 60, 1974, p. 465.

<sup>11</sup> F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, cit. p. 54.

«parecen tener un elevado grado de plausibilidad»<sup>12</sup>. En general, como reconoce Gerald Dworkin, la adopción de medidas paternalistas en una sociedad se debe a que las personas son capaces de concebir situaciones en que desearían que la autonomía se limitase<sup>13</sup>. Esto se debe a que las sociedades no están mayoritariamente formadas por un grupo de suicidas irreflexivos que no valoran ningún tipo de bienes sino más bien por una mayoría de personas reflexivas y racionales. John Rawls argumenta en este sentido cuando en *Teoría de la Justicia* justifica la adopción de ciertas medidas paternalistas por parte de las personas que se encuentran en la *posición original*. Todas las personas que se encuentran reunidas en esa situación social ficticia son seres libres e iguales, puramente racionales que desean obtener un cierto beneficio por lo que mantienen una actitud cooperativa, más si cabe al encontrarse tras el *velo de la ignorancia* que les impide saber los hechos particulares respecto de sí mismos, de su sociedad, y de la generación a la que pertenecen. Las personas que forman parte de esta reunión ficticia que es la posición originaria no saben nada acerca de su plan de vida en la sociedad aunque tienen conocimiento de ciertos *bienes primarios*, esto es, de unos bienes que quieren los hombres cualesquiera que sea su plan de vida. Pues bien, según Rawls, entre las instituciones básicas de la sociedad que saldrían de la deliberación y posterior votación se encontrarían ciertas medidas paternalistas encaminadas a la defensa de esos bienes primarios<sup>14</sup>. El velo de la ignorancia garantizaría la imparcialidad de la decisión adoptada y la aparición de dichas medidas paternalistas porque, según John Rawls, en situaciones de incertidumbre es racional (prudente) adoptar aquel curso de acción cuya alternativa peor sea la menos mala comparada con las alternativas peores de otros cursos de acción (*maximin*)<sup>15</sup>. El resultado de este esquema es la implantación

<sup>12</sup> E. GARZÓN VALDÉS, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 156.

<sup>13</sup> G. DWORKIN “Paternalism: some second thoughts” en R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1985, p. 107.

<sup>14</sup> J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1993, traducción de M. Guastavino.

<sup>15</sup> J. MURPHY, “Incompetence and Paternalism”, cit., p. 481, lo explica del siguiente modo: «los hombres racionales, que valoran los bienes primarios, verían (a) que estos bienes podrían estar comprometidos si una persona llegase a ser incompetente (...) y (b) que ninguna persona tiene la garantía de que no va a ser incompetente (...) Así, los hombres racionales, que desean sobre todo protegerse contra tales pérdidas, bien podrían acordar un principio que permitiese un prudente paternalismo limitado (p.e. el paternalismo que estableciera la interferencia sólo en aquellos casos de incompetencia en que los bienes primarios verdaderamente estuvieran en peligro grave e irreversible y no en otros casos)».

de un conjunto de medidas normativas paternalistas previamente justificadas por la población. La propia reflexión acerca de la posibilidad de que haya personas incompetentes en la sociedad y que se haga, por lo tanto, necesaria la adopción de ciertas medidas paternalistas vendría a demostrar que, en cierto sentido, la sociedad *qua* sociedad es competente y racional<sup>16</sup>.

Joel Feinberg ha señalado que si se rechaza por completo el paternalismo, y se niega que perseguir el bien de una persona es una base válida para coaccionarlo, estaríamos negando, en primer lugar, el sentido común, y, en segundo lugar, una parte importante de nuestras costumbres y leyes. Por tal motivo, y siguiendo con Feinberg, «el truco es detenernos pronto una vez que hemos emprendido esa tarea, salvo que queramos prohibir el whiskey, los cigarrillos y la *comida basura*, que tienden a ser nocivos para las personas, lo sepan o no. El problema es reconciliar de alguna manera nuestra repugnancia general hacia el paternalismo con la necesidad aparente, o al menos razonable, de algunas regulaciones paternalistas»<sup>17</sup>. De igual forma se ha manifestado John Hodson cuando reconoce que el problema, por falta de consenso, es trazar la línea entre el paternalismo justificado y el paternalismo injustificado<sup>18</sup>.

No se puede, por lo tanto, emitir una justificación o una condena general de las medidas paternalistas basada, la mayor parte de las veces, en la adscripción del paternalismo a una única ideología política<sup>19</sup>. Esta adscripción ha determinado que el paternalismo tenga *mala prensa* y que no sea un término que produzca empatía pues se ha equiparado paternalismo e intervención injustificada, paternalismo y limitación de la libertad y de la autonomía personal<sup>20</sup>. De esta forma el paternalismo es un concepto que se aplica de forma indiscriminada tanto a las intervenciones estatales que son injustificadas cuanto a aquellas intervenciones estatales que sabemos que son lícitas, olvidándose por completo la defensa que, en algunas ocasiones, la intervención paternalista hace de la auto-

<sup>16</sup> Cfr. D. VANDEDEER, *Paternalistic Intervention: The moral bounds on benevolence*, Princeton University Press, Princeton: New Jersey, 1986, pp. 338-344 y 375-390.

<sup>17</sup> J. FEINBERG, "Legal Paternalism", *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 1, 1971, pp. 105-106.

<sup>18</sup> J. HODSON, "The principle of paternalism", *American Philosophy Quarterly*, núm. 14, 1977, p. 61.

<sup>19</sup> R. MOMEYER, "Medical decisions concerning noncompetent patients", *Theoretical Medicine*, núm. 4, 1983, p. 285.

<sup>20</sup> N. FOTION, "Paternalism", *Ethics*, núm. 89, 1979, p. 195; D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health: ethical issues in government efforts to change life-styles", *Paternalism*, cit., p. 38.

nomía, la libertad y la igualdad<sup>21</sup>. Al igual que ocurre con algunos otros *conceptos políticos malditos*, el paternalismo es un concepto que no sólo no está presente en los discursos políticos sino que, además, se evita su uso. Como señala Ernesto Garzón Valdés, la aversión que se tiene hacia este término incluso ha afectado a la fecundidad de la discusión sobre el tema y ha provocado que parte de la doctrina prefiera utilizar otras expresiones o términos (Estado de bienestar, políticas de redistribución) para hacer referencia a la intervención justificable del Estado para evitar que los ciudadanos se dañen a sí mismos<sup>22</sup>. En este mismo sentido se ha manifestado Gerald Dworkin al señalar que es posible encontrar medidas normativas típicamente paternalistas que se intentan justificar y explicar sin hacer referencia al paternalismo, que se utilizan otros términos y que incluso se apela al daño a terceras personas para camuflar las medidas paternalistas<sup>23</sup>. Este sentido negativo hace que olvidemos que el paternalismo *per se* no tiene «ninguna identidad política propia sino que ésta se deriva de otros conceptos políticos a los cuales se vincula»<sup>24</sup>.

La existencia de medidas normativas paternalistas no supone necesariamente que exista una política no democrática, no liberal, limitadora de derechos y libertades fundamentales. El establecimiento de medidas normativas paternalistas es perfectamente compatible con la existencia de un Estado de Derecho en el que las normas jurídicas sean expresión de la voluntad general, se respete la separación de poderes, se fiscalice la actividad de la Administración, y se garanticen los derechos y libertades fundamentales<sup>25</sup>. Por tal motivo, y a eso voy a dedicar este trabajo, es posible defender la compatibilidad de las medidas paternalistas con el principio de autonomía de la voluntad. No obstante, es preciso advertir que la discusión que propongo sobre el paternalismo únicamente tiene sentido en un verdadero Estado de Derecho ya que es en este tipo de organización política donde se reconoce que los individuos tienen derecho a elegir y perseguir sus propios planes de vida, sin ningún tipo de interferencia por parte del Estado<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> V. CAMPS, "Paternalismo y bien común", cit., pp. 195 y 198.

<sup>22</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 155.

<sup>23</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo" en J. BETEGON y J.R. de PARAMO (dirs.), *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 148.

<sup>24</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", *La Ética Política y el Ejercicio de Cargos Públicos*, Gedisa, Barcelona, traducción de G. Ventureira, p. 226.

<sup>25</sup> E. DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966.

<sup>26</sup> D. BROCK, "A case of limited paternalism", *Criminal Justice Ethics*, vol. 4 núm. 2, 1985, p. 80.

Por otro lado, en el campo de las medidas paternalistas y las políticas públicas paternalistas que existen en un Estado de Derecho no siempre hay una perfecta *coherencia* o *racionalidad* pues es posible encontrarse comportamientos que no dañan a terceras personas pero que están prohibidos mientras que otros igual de peligrosos no están prohibidos o no son obligatorios<sup>27</sup>. En este sentido, debe reconocerse que estamos más dispuestos a aceptar y justificar ciertas medidas paternalistas que otras ya que intuitivamente consideramos, lo cual no siempre es acertado, que tienen una menor interferencia o repercusión en la libertad<sup>28</sup>. ¿Por qué se produce tanto revuelo con las restricciones del consumo de tabaco? Si el tabaco menoscaba la salud, como parece que numerosos estudios prueban, y ocasiona enormes gastos sanitarios, ¿por qué no se prohíbe por el Estado su producción y venta? ¿Hasta qué punto estaríamos dispuestos a aceptar esa intervención estatal? ¿Por qué estaríamos más dispuestos a adoptar medidas normativas paternalistas, cuando no moralistas, con las personas que, por motivos religiosos, se niegan a recibir una transfusión de sangre salvadora y, en cambio, no estaríamos dispuestos a admitir una intervención estatal con aquellas personas que deciden invertir dinero en una empresa *puntocom*? ¿Por qué exigimos que el Estado intervenga obligatoriamente para proteger la vida y la integridad físico o psíquica en unos casos y no en otros? Al respecto, David Luban advierte que esa pregunta debe hacernos ver que en algún sitio debe establecerse la frontera entre las *malas razones aceptables* y las *malas razones inaceptables* a la hora de justificar una decisión y tomar la decisión de establecer una medida paternalista<sup>29</sup>.

## 2. UNA DEFINICIÓN DE PATERNALISMO

La tarea de definir el paternalismo supone reconocer, en primer lugar, que es un *concepto esencialmente controvertido*, lo cual implica que siempre habrá disputas doctrinales, sin fin, sobre el uso propio de un concepto deter-

---

<sup>27</sup> ¿Por qué no es obligatorio llevar casco cuando se esquía si, en caso de una caída, las lesiones en la cabeza pueden ser tan graves como las que se puede tener un ciclista o un motociclista?

<sup>28</sup> F. BERGER "Paternalism and Autonomy", en B. RUSSELL (ed.) *Freedom, rights and pornography*, Kluwer, Dordrecht, 1991, p. 105.

<sup>29</sup> D. LUBAN, "Paternalism and the legal profession", *Wisconsin Law Review*, 1981, p. 478.

minado<sup>30</sup>. Norman Care considera que este problema nace por la existencia de un carácter esencialmente fragmentario del concepto en cuestión ya que no se tienen todos y cada uno de los elementos necesarios para promover una aplicación estable<sup>31</sup>. Así, un concepto sería esencialmente controvertido cuando «sus criterios de aplicación correcta son múltiples, evaluativos, y no mantienen una relación de prioridad el uno con el otro»<sup>32</sup>. La existencia de este tipo de conceptos implica que van a utilizarse defensiva y agresivamente, pues existen dos bandos y cada uno de ellos contesta el uso propio dado al concepto por el contrario<sup>33</sup>. Esta situación se reproduce si la definición de paternalismo que se considera más influyente, la que Gerald Dworkin propone en un trabajo de 1971 titulado *Paternalism*, «Por paternalismo entenderé, en un sentido amplio, la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada»<sup>34</sup>, la comparamos con la que Ernesto Garzón Valdés, en un trabajo pionero en lengua castellana, establece, «la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma»<sup>35</sup>.

No obstante dicha controversia, no creo exagerar si afirmo que, al menos en el ámbito de la Filosofía del Derecho en castellano, casi es una costumbre partir de esas dos definiciones para emprender cualquier estudio. Ambas tienen gran valor expositivo ya que en pocas palabras transmiten la idea central de qué es el paternalismo. Posteriormente podremos enmendarlas, pero siempre reconociendo su inestimable ayuda. Para no ser menos, voy a tomar el camino de la enmienda principalmente porque, en el caso de Gerald Dworkin, creo necesaria una corrección que afecta al listado de medidas pa-

<sup>30</sup> W.B. GALLIE, "Essentially contested concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 56, 1955-56, p. 169.

<sup>31</sup> N.S. CARE, "On fixing social concepts", *Ethics*, vol. 84 núm. 1, 1973, p. 17.

<sup>32</sup> J. GRAY, "On the contestability of social and political concepts", *Political Theory*, vol. 5 núm. 3, 1977, p. 332.

<sup>33</sup> W.B. GALLIE, "Essentially contested concepts", cit., p. 172.

<sup>34</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 148. G. DWORKIN en "Paternalism: some second thoughts", cit., p. 105, hace algunas matizaciones a ese trabajo. Así, por ejemplo, aclara que el sentido amplio significa que el comportamiento paternalista puede estar presente no sólo en el campo jurídico sino también en otros campos de la vida social, fundamentalmente en el ámbito familiar y en el ámbito profesional.

<sup>35</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 155.



terneralistas que señala en su trabajo<sup>36</sup>. En dicho listado se incluyen algunos casos que, en mi opinión, no son ejemplos de medidas paternalistas. Así, las normas que prohíben el suicidio y criminalizan la tentativa, que prohíben ciertos comportamientos sexuales o que hacen obligatorias las transfusiones salvadoras son ejemplos propios del moralismo legal. Por otro lado, las normas que obligan a tener una licencia para ejercer una determinada actividad o que imponen un interés crediticio máximo tratan de evitar un daño a los intereses legítimos de terceras personas. Y, por último, las normas que prohíben el duelo se justifican porque sólo el Estado puede ejercitar el *ius puniendi*. En el caso de Ernesto Garzón Valdés, una de las principales discrepancias, lo constituye el hecho de que no considero que la coacción sea un elemento imprescindible para adoptar medidas paternalistas ya que la interferencia para evitar daños o procurar beneficios –lo cual constituye otro punto de fricción– puede producirse a través de instrumentos no coactivos.

Dado que tanto esas dos definiciones cuanto otras definiciones que se han ofrecido no satisfacen plenamente lo que considero una conceptualización adecuada de lo que debe entenderse por paternalismo jurídico, a continuación desgranaré los diferentes elementos que, en mi opinión, han de tenerse en cuenta a la hora de intentar definirlo<sup>37</sup>.

El paternalismo jurídico supone, en primer lugar, la intervención del Estado sobre el comportamiento de las personas mediante el establecimiento de normas jurídicas o el desarrollo de políticas públicas que *aconsejan, desalientan, obstaculizan* o *criminalizan* su realización. La presencia del Derecho es inevitable porque así lo obliga el principio de legalidad en todo Estado de Derecho, pero el modo en que la medida paternalista puede hacerse presente es diferente cuando se trata de aconsejar, desincentivar, dificultar o criminalizar. La adopción de medidas paternalistas por parte del Estado no sólo se produce a través de normas jurídicas coactivas sino que también aparecen medidas paternalistas en políticas públicas que no hacen uso del mandato sino del consejo<sup>38</sup>. Como señala Rafael de Asís, «a pesar de que los con-

<sup>36</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., pp. 148-149.

<sup>37</sup> Aunque con ciertas variaciones, también podría servir para el paternalismo no-jurídico, esto es, aquel en el que no interviene el Estado con normas jurídicas o políticas públicas sino que se produce en otros ámbitos, como puede ser el familiar (ascendientes-descendientes) o el profesional (personal sanitario-usuario servicios sanitarios; abogado-cliente).

<sup>38</sup> N. FOTION, "Paternalism", cit., pp. 195 y 197; B. GERT y C.M. CULVER, "Paternalistic behaviour", *Philosophy & Public Affairs*, núm. 6, 1976, p. 47.

sejos no pueden considerarse como normas en sentido estricto, no hay que pasar por alto la incidencia de éstos en la producción de normas (...) desempeñan un notable papel indirecto en la creación normativa (...) de ahí su relevancia en una visión del Derecho como Ordenamiento»<sup>39</sup>.

En segundo lugar, los comportamientos o acciones que se quieren desalentar o prohibir no suponen un daño directo y relevante a una tercera persona pues no dañan o limitan derechos o libertades fundamentales de terceras personas, lo cual justificaría suficientemente la injerencia del Estado. En el paternalismo el daño, físico o psíquico, o la pérdida del beneficio sólo va a sufrirlo la persona que realiza el comportamiento o la acción que se interfiere. A pesar de esa falta de afectación negativa relevante a terceras personas, el Estado muestra su interés en proteger a las personas porque se presupone que son incompetentes<sup>40</sup> y sobre tal presuposición va a intervenir sobre su elección, modificándola o, al menos, intentando modificarla.

En el paternalismo, en tercer lugar, siempre existe un propósito benevolente y benéfico<sup>41</sup>, ya sea porque se evita un daño o se procura un beneficio<sup>42</sup>. El propósito benevolente y benéfico, ya sea en sentido positivo o en sentido negativo, que siempre debe estar presente en el paternalismo es, como ya he señalado, objeto de discusión ya que, por ejemplo, Ernesto Garzón Valdés no considera como una medida paternalista aquella intervención del Estado que tenga como propósito asegurar un beneficio físico, psíquico o económico<sup>43</sup>. Se plantea, por lo tanto, la pregunta de si evitar un mal no supone irremediamente procurar un bien. Esto es, si la beneficencia propia de toda medida normativa paternalista sólo debe evitar males, como propone Garzón Valdés, o también puede procurar bienes, tal y como defiende en este trabajo. Su postura es bastante clara al respecto porque, en su opinión, la diferencia entre ambas situaciones es radical. Es más, sostiene que mientras que las medidas normativas paternalistas encaminadas a evitar un mal

<sup>39</sup> R. DE ASÍS, *Jueces y Normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 74.

<sup>40</sup> D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., p. 384; R. MOMEYER, "Medical decisions concerning noncompetent patients", cit., p. 277.

<sup>41</sup> Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *beneficencia* significa la virtud de hacer el bien, mientras que *benevolencia* se refiere a la simpatía y buena voluntad hacia las personas.

<sup>42</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 152; B. GERT y C.M. CULVER, "The Justification of Paternalism", *Ethics*, núm. 89, 1979, p. 200; C. TOMÁS-VALIENTE, "The Justification of Paternalism", cit., p. 432.

<sup>43</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 156.

pueden llegar a estar justificadas, no parece que pueda ocurrir lo mismo con el otro tipo de intervenciones. Así, desentrañar el sentido del principio de beneficencia, entendido como el deber de las personas de hacer el bien, es clave en esta discusión para justificar la postura aquí defendida.

Como se ha señalado, el paternalismo siempre debe tener un propósito benéfico. Este carácter benéfico ni puede ni debe confundirse con el principio de *no maleficencia* que supone abstenerse de realizar aquellas acciones que puedan hacer daño intencionadamente a otro. Como señalan Beauchamp y Childress, la beneficencia y la no maleficencia son similares pero «incluirlas en un mismo principio puede dificultar la comprensión de ciertas diferencias importantes»<sup>44</sup>. Por ese motivo consideran que «es preferible distinguir, en el aspecto conceptual, entre el principio de no maleficencia y el de beneficencia» pues el primero señala que «no se debe causar daño o mal» y el segundo que «se debe prevenir el daño o el mal; se debe evitar o rechazar el daño o el mal; se debe hacer o promover el bien»<sup>45</sup>. Mientras que la no maleficencia «obliga a no hacer el daño intencionadamente»<sup>46</sup>, la beneficencia exige que las personas deban «dar pasos positivos para ayudar a otros»<sup>47</sup>, lo cual se logra realizando una acción positiva de promoción y remoción de los obstáculos que impiden la consecución del bien a los otros. Esto implica la obligación de actuar en beneficio de otro, lo cual se cumple tanto evitando que sufra un daño cuanto ayudando a que alcance un bien<sup>48</sup>. El carácter benevolente y benéfico de la medida normativa paternalista significa, por lo tanto, que cuando (i) una persona esté expuesto a un riesgo que le vaya a provocar una pérdida significativa que afecta a su bienestar, necesidades, intereses o valores, (ii) otra persona está obligada (moral y/o jurídicamente) a realizar una acción u omisión para evitar dicha pérdida, (iii) siempre y cuando no le represente un riesgo o una pérdida significativos en su bienestar, necesidades, intereses o valores<sup>49</sup>.

Así, el paternalismo jurídico se desarrolla a través de normas jurídicas y políticas públicas que prohíben, hacen obligatorio, promueven o aconsejan

---

<sup>44</sup> T. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, Masson, Barcelona, 2002, p. 180.

<sup>45</sup> T. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, cit., p. 181.

<sup>46</sup> T. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, cit., p. 179.

<sup>47</sup> T. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, cit., p. 245.

<sup>48</sup> T. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, cit., pp. 254 y 260.

<sup>49</sup> T. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, cit., p. 252.



la realización u omisión de un comportamiento, que no daña a terceras personas, por el bien o para evitar el daño de la persona cuya libertad se interfiere. Esta definición pretende ser neutral desde el punto de vista normativo pues no presupone que el paternalismo esté o no esté justificado. Como señalan Tom Beauchamp y James Childress, «aunque la definición implica un acto de beneficencia análogo a la beneficencia de los padres, no da por sentado si esta beneficencia se halla justificada, se halla fuera de lugar, es obligatoria»<sup>50</sup>.

### 3. LA INCOMPETENCIA BÁSICA

El elemento básico para justificar las normas jurídicas y políticas públicas paternalistas es que esté presente una premisa fáctica: que la persona destinataria de la norma o de la política pública pueda ser considerada como incompetente básico a la hora de tomar sus decisiones<sup>51</sup>. A aclarar ese punto voy a dedicar las siguientes páginas.

En un Estado de Derecho debe asegurarse que las interferencias estatales no afecten injustificadamente a los derechos básicos de las personas cuando dichas interferencias modifiquen o pretendan modificar las elecciones que, no dañando a terceras personas, supongan una repercusión negativa en el bienestar, las necesidades, los intereses o valores de aquéllas. Para ello habrá que hacer hincapié tanto en la defensa de la autonomía y de los derechos de las personas que en algún momento *no son competentes* como en la posibilidad de compatibilizar tal defensa con la adopción de interferencias paternalistas. Así, la adopción justificada de una medida normativa paternalista dependerá de la existencia de una persona que pueda ser calificada como incompetente básico. De este modo se da, a mi entender, el primer paso para justificar la adopción de una medida normativa paternalista sin que la autonomía personal sea objeto de tales limitaciones que la hagan desaparecer<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> T. BEAUCHAMP y J.F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, cit., p. 260.

<sup>51</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 168.

<sup>52</sup> En sentido contrario se ha manifestado T. BEAUCHAMP, "On Coercive Justifications for Coercive Genetic Control" en J. HUMBER and R.F. ALMEDER (eds.), *Biomedical Ethics and the Law*, Plenum Press, New York, 1979, p. 388, para quien no son casos de paternalismo cuando la intervención se produce sobre una conducta que no es voluntaria o la persona carece de información.

No obstante, como advierte Jeffrie Murphy, aunque «un juicio de incompetencia [es] una condición *necesaria* para una intervención paternalista justificada, dicho juicio de incompetencia nunca tiene que ser considerado como una condición *suficiente* para dicha intervención»<sup>53</sup>. En este mismo sentido, Ernesto Garzón Valdés considera que la falta de competencia básica es una condición necesaria pero no suficiente a la hora de justificar una medida paternalista<sup>54</sup>. Si el juicio de incompetencia fuese suficiente, entonces todas las personas que se comportaran de manera irracional, desinformada o emotiva podrían estar sujetas a una medida paternalista que, además, estaría perfectamente justificada, y olvidaríamos que, como señala Danny Scoccia, «las elecciones espontáneas, impetuosas, no deliberadas, hechas por una persona que ha adoptado un tipo de vida salvaje y temerario pueden ser irracionales, pero seguramente son voluntarias y seguramente una intromisión paternalista es una violación de la autonomía»<sup>55</sup>.

Por tal motivo, una opción centrada en la competencia (*cómo se ha formado la voluntad*), no puede perder de vista la postura consecuencialista, que subraya las repercusiones negativas que tiene el comportamiento. No obstante, dichas repercusiones tampoco van a ser la condición suficiente para adoptar o justificar una medida normativa paternalista. Esto se debe a que hay algo valioso en las actuaciones basadas en las elecciones propias que hace que ese derecho de elección deba protegerse incluso si la acción no produce ningún beneficio<sup>56</sup> o directamente causa un daño. El ejercicio de la libertad no puede vincularse exclusivamente a las elecciones buenas y valiosas<sup>57</sup>. El respeto de la libertad de las personas y de su autonomía supone que todas tengan reconocido el derecho a escoger libremente entre las distintas alternativas que se le ofrecen y supone, además, que quepa la posibilidad de errar, de equivocarse en su elección, de adoptar modos de vida diferentes de los *normales*. Debemos admitir que es posible que con algunas de nuestras decisiones nos equivoquemos y nos causemos daño, pues aprendemos y maduramos a través de nuestros aciertos y de nuestros errores<sup>58</sup>. No es compatible con el normal de-

---

<sup>53</sup> J. MURPHY, "Incompetence and Paternalism", cit., p. 466.

<sup>54</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 165.

<sup>55</sup> D. SCOCCIA, "Paternalism and respect for Autonomy", cit., p. 321.

<sup>56</sup> N. O. DAHL, "Paternalism and rational desire", *Paternalism*, cit., p. 264.

<sup>57</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 228.

<sup>58</sup> J. WALDRON, "A right to do wrong", *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, 1993, pp. 63-87; D.H. REGAN, "Justification for Paternalism", cit., p. 190; F. BERGER "Paternalism and Autonomy", cit., p. 101.

sarrollo moral e intelectual de las personas que siempre haya alguien que nos proteja con una valla de toda clase de peligros<sup>59</sup>. Si cualquier comportamiento o acción desinformada, emotiva o irracional, por nimia que fuese su consecuencia, mereciese una medida normativa paternalista, entonces caeríamos por una *pendiente resbaladiza* que irremediamente nos conduciría a restricciones injustificadas e ilegítimas de la autonomía o del libre albedrío de las personas<sup>60</sup>.

Las consecuencias negativas tienen un carácter secundario<sup>61</sup> porque la interferencia paternalista no tiene como objetivo hacer que el comportamiento sea menos peligroso sino que la persona recobre su competencia. Así, las graves e irreparables consecuencias no son motivo suficiente para justificar una medida jurídica paternalista sobre una persona adulta si ésta tiene toda la información relevante sobre la acción que pretende desarrollar, no está sometida a presiones internas o externas y no demuestra un comportamiento irracional al tener una escala diferente de valores y bienes primarios. No podría justificarse una medida normativa paternalista que impusiese que los motociclistas sólo circulen los días soleados para evitar que resbalen o que instalen dos ruedas supletorias en la parte trasera para aumentar su estabilidad, mientras que sí puede justificarse que el Estado les imponga que lleven en la cabeza un casco reglamentario para paliar las posibles lesiones que pueden producirse si tienen un accidente ya que ir sin el casco puede ser considerado como un comportamiento irracional al arriesgar un bien primario en pos de un bien secundario<sup>62</sup>. De ahí que la posible justificación de la medida paternalista necesariamente pasa, en primer lugar, porque haya una persona que pueda ser declarada *incompetente básico* y,

<sup>59</sup> C.L. TEN, "Paternalism and Morality", cit. p. 64.

<sup>60</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 167. Sobre el concepto de *pendiente resbaladiza* y su uso, véase W. VAN DER BURG, "The slippery slope argument", *Ethics*, núm. 102, 1991, pp. 42-65.

<sup>61</sup> El carácter secundario de las consecuencias se observa, por ejemplo, en el hecho de que si un menor de edad adoptase una decisión que legalmente no puede tomar, ésta debería anularse a pesar de que pudiera tener consecuencias beneficiosas.

<sup>62</sup> En 1999, se aprobó por el Parlamento italiano una norma que obligaba a los conductores de motocicletas, de cualquier cilindrada, a llevar puesto un casco reglamentario para proteger la cabeza de posibles lesiones en caso de accidente. El cumplimiento de la norma entre los menores de 18 años era mínimo, como se refleja en los datos de una encuesta, porque, según los chicos, 'sus amigos se reían de ellos', y según las chicas, 'les estropeaba el peinado' (*vid. El País*, 11 de noviembre de 1999).

en segundo lugar, que con la medida paternalista se evite un *daño grave y no fácilmente reversible*. La libertad de elección es tan importante que sólo en los casos de daño grave e irreversible, y siempre y cuando la persona pueda ser calificado como incompetente básico, debe imponerse la medida paternalista<sup>63</sup>.

No obstante lo anterior, el principal criterio a la hora de justificar la adopción de una medida paternalista sigue siendo el de *incompetencia básica*. Su importancia requiere, como subraya Murphy, que deba establecerse un significado tan claro como sea posible<sup>64</sup>. En este sentido, se considera como incompetente básico a aquella persona que no evalúa suficientemente los riesgos de la actividad en la que está inmersa, o que es incapaz de salvaguardar aquellos bienes que considera valiosos, o que no es capaz de saber qué es lo que más le conviene atendiendo a sus propios intereses. Esto es, no es capaz de enfrentarse racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a ciertos desafíos o problemas que va a encontrarse en algún momento a lo largo de su vida<sup>65</sup>. El incompetente básico «tiene un déficit con respecto a la generalidad de sus congéneres y en este sentido puede decirse que se encuentra en una situación de desigualdad negativa»<sup>66</sup>. Como señala Douglas Husak, «falta de racionalidad, prudencia, previsión, inteligencia, madurez, o alguna otra deficiencia o carencia (...) parecen necesarias antes de que el tratamiento paternalista puede ser considerado apropiado»<sup>67</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado Dennis Thompson cuando afirma que «la justificación del paternalismo implica la identificación de alguna deficiencia pasible de ser descrita independientemente del fin o del bien que la persona escoge»<sup>68</sup>. La tarea es, pues, esencial si no se desea que se produzcan excesivas e injustificadas intromisiones y limitaciones en la libertad de elección o en la autonomía de las personas, o se atribuya la incompetencia de forma arbitraria<sup>69</sup>. Así, la determinación de los supuestos que van a servir para considerar

<sup>63</sup> J. MURPHY, "Incompetence and Paternalism", cit., p. 483. Sobre este particular, bien vale este ejemplo: el ilusionista David Blaine declaró lo siguiente respecto a su último espectáculo: «es la representación más peligrosa que he hecho nunca porque puede producir daños irreversibles» (vid. *El País*, 6 de septiembre de 2003, '44 días sobre el Támesis').

<sup>64</sup> J. MURPHY, "Incompetence and Paternalism", cit., p. 466.

<sup>65</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 165.

<sup>66</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 166.

<sup>67</sup> D.N. HUSAK, "Paternalism and Autonomy", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10 núm. 1, 1980, p. 41.

<sup>68</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 232.

<sup>69</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 166.

a una persona como incompetente básico constituirán los metacriterios para justificar la medida paternalista.

### 3.1. Competentes e incompetentes

En un Estado de Derecho se presupone que todas las personas son igualmente competentes para entender y evitar los principales peligros o buscar su propio bien. No obstante, este presupuesto debe ponderarse adecuadamente porque determinadas personas, en ciertas circunstancias, tienen limitada dicha competencia y eso hace que la tarea de determinar qué personas tienen que estar sujetas a las medidas normativas paternalistas es, como ya se ha señalado, primordial para justificarlas pero no es, en absoluto, sencilla porque debemos ser conscientes de que «si bien algunos adultos están siempre incapacitados para ejercer su libertad, todos lo están, en algún momento»<sup>70</sup>.

Esto último hace ver que no sólo van a estar sometidas a medidas paternalistas ciertas personas (p.e. los menores de edad, personas con discapacidad psíquica o personas que padecen ciertas enfermedades) sobre las que podría haber un acuerdo más o menos amplio sobre su incompetencia sino que, como señalaba Dennis Thompson, todas las personas adultas pueden llegar a ser destinatarias de las medidas normativas o de las políticas públicas paternalistas ya que en algún determinado momento pueden desear involucrarse en una actividad que pueda perjudicarles y el verdadero interés de una persona no siempre se satisface a través de la realización de sus deseos<sup>71</sup>. Desde esta perspectiva debe entenderse la defensa que hace H.L.A. Hart de la adopción de medidas paternalistas pues, en su opinión, se ha producido el declive de la creencia de que los individuos conocen mejor que nadie su propio interés y ha aumentado la preocupación por una serie de factores que significativamente disminuyen la libertad de elección<sup>72</sup>. De igual forma se expresan Dennis Thompson, cuando reconoce que «la creciente complejidad de la sociedad moderna y el mayor conocimiento de la psiquis humana aportan nuevas razones para poner en duda la capacidad de los individuos en cuanto a ejercer la libertad en su propio beneficio»<sup>73</sup>, y Ernesto Garzón

<sup>70</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 223.

<sup>71</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 156.

<sup>72</sup> H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1963, pp. 32-33. Existe versión en castellano *Derecho, Libertad y Moralidad*, trad. Miguel Ángel Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid, 2006.

<sup>73</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 223-224.



Valdés cuando escribe que «no es verdad que siempre sepamos mejor que nadie cuáles son nuestros reales intereses y mucho menos sabemos con exactitud qué medidas pueden promoverlos o dañarlos»<sup>74</sup>.

Cuando nos enfrentamos a la cuestión de quién puede ser el destinatario de las medidas normativas paternalistas no debe excluirse, pues, a nadie porque todos somos potenciales destinatarios de este tipo de normas. Es cierto que hay grupos o categorías de personas que pueden ser considerados como los destinatarios *naturales*, pero no debemos olvidar que las normas jurídicas paternalistas también pueden tener como destinatarios a adultos que, por lo general, son competentes pero que en un determinado momento han demostrado o pueden demostrar una incompetencia específica. Este recordatorio nos embarca, de nuevo, en el problema de la justificación de la norma jurídica paternalista, porque cuando salimos de los grupos sobre los que puede haber un mayor consenso y más nos acercamos al grupo ‘personas adultas’, al *ideal* de la persona adulta, racional, informada, exenta de influencias externas, que ha sometido a un escrutinio crítico sus valores<sup>75</sup>, más difícil será de justificar la medida paternalista.

La determinación de la persona destinataria de las medidas normativas paternalistas exige, pues, que deba realizarse, en primer lugar, una tarea de discriminación entre (i) las personas que por alguna razón objetiva siempre van a ser consideradas como incompetentes básicos para realizar ciertos actos porque su proceso de formación de la voluntad no existe o es deficiente y (ii) las personas que son incompetentes básicos sólo bajo determinadas circunstancias y para determinados actos porque su proceso de formación de la voluntad ha sido deficiente por algún motivo. Estas dos categorías de personas no resolverán definitivamente el problema pero facilitarán la tarea de determinar el juicio de incompetencia básica<sup>76</sup>. Así, se presupone que las personas que se encuentren en la primera de esas categorías, como pueden ser los menores de edad, los incapacitados legalmente, las personas con discapacidad psíquica o las personas que padecen ciertas enfermedades o se encuentran en una determinada situación clínica, carecen de ciertas capacidades cognitivas y/o emocionales que limitan su competencia para decidir acerca de qué es lo mejor para ellas, o de qué manera proteger mejor sus in-

<sup>74</sup> E. GARZÓN VALDÉS, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, cit. p. 158.

<sup>75</sup> J. MURPHY, “Incompetence and Paternalism”, cit., p. 478; D. SCOCCIA, “Paternalism and respect for Autonomy”, cit., p. 328.

<sup>76</sup> C.L. TEN, “Paternalism and Morality”, cit., p. 60.

tereses, y, por tal motivo, requieren que alguien supla dicha carencia<sup>77</sup>. En estos casos se presupone que las personas que forman parte de esa categoría no pueden ejercer su autonomía porque no pueden tomar decisiones al ser incapaces de prever las consecuencias de sus acciones; están a merced de sus impulsos o no son capaces de limitar sus deseos; tienen poca experiencia como para conocer sus necesidades reales, habilidades e intereses, o dicha inexperiencia determina que carecen de información en la que basar sus decisiones<sup>78</sup>. En estos casos, la carga de la prueba está del lado de las personas que afirman la competencia<sup>79</sup>.

En cuanto a la segunda categoría, el ideal de persona competente, autónoma, es el de un «agente racional, que decide cuidadosamente, libre de presiones externas e internas, que identifica sus intereses y actúa en consecuencia»<sup>80</sup>. Se presupone que las personas que son mayores de edad son competentes para evaluar suficientemente los riesgos de la actividad en la que están inmersas, salvaguardar aquellos bienes que consideran valiosos o saber qué es lo que más les conviene atendiendo a sus intereses. Se presupone que la persona adulta es capaz de enfrentarse racionalmente a ciertos desafíos o problemas que va a encontrarse en algún momento a lo largo de su vida.

Es evidente, por otro lado, que sólo algunas pocas personas adultas, a las que se presupone competentes, cumplen con el ideal de plena competencia y perfectas autonomía y racionalidad<sup>81</sup>. Al ser un ideal, debemos contar con que, en ciertas ocasiones, las personas pueden actuar irracionalmente,

---

<sup>77</sup> Cfr. G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 156; R. MOMEYER, "Medical decisions concerning noncompetent patients", cit., p. 276; D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., p. 38; A.E. BUCHANAN, "Medical Paternalism", *Philosophy & Public Affairs*, núm. 8, 1978, pp. 374-375. Este listado no es exhaustivo sino ejemplificativo pues no es posible agotar los grupos de personas que pueden integrar esta categoría. ¿Debe incluirse a las personas pobres porque se considere que son incapaces de hacer elecciones relevantes por sí mismos? Por otro lado, no conviene olvidar que pueden existir *casos difíciles* que plantean dilemas, como puede ser el resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 154/2002, de 18 de julio, donde se discute si un niño de 13 años, que profesaba una determinada creencia religiosa, era competente para decidir si recibía o no una transfusión de sangre salvadora.

<sup>78</sup> R. J. ARNESON, "Mill versus Paternalism", *Ethics*, vol. 90 núm. 4, 1980, pp. 482-483; F. BERGER "Paternalism and Autonomy", cit., p. 100.

<sup>79</sup> R. MOMEYER, "Medical decisions concerning noncompetent patients", cit., p. 285.

<sup>80</sup> C. TOMÁS-VALIENTE, "The Justification of Paternalism", cit., p. 437.

<sup>81</sup> F. BERGER "Paternalism and Autonomy", cit., p. 100.

por impulsos emotivos, sin contar con toda la información necesaria o sujetas a influencias externas<sup>82</sup>. Como dice Berger, en la sociedad de masas postindustrial «nuestras vidas están preempaquetadas» y el ideal de autonomía sufre por ello<sup>83</sup>. En las sociedades complejas predomina una racionalidad que puede conducirnos, en ocasiones, a actuar de una manera que cause ciertos perjuicios a nuestros intereses<sup>84</sup>. Esto hace que las personas puedan «no estar al tanto de un caudal de información que influye sustancialmente en sus decisiones (...) o ser incapaces de estimar los factores relevantes para sus decisiones»<sup>85</sup>. Sólo podemos manejar, por lo tanto, una idea débil de competencia, autonomía y racionalidad<sup>86</sup>. Por tal motivo, no todo comportamiento irracional, no toda actuación desinformada o sujeta a influencia interna o externa, justifica la adopción de una medida normativa paternalista por parte del Estado, pues todas las personas realizan en ciertas ocasiones acciones irracionales, fruto de los sentimientos, sin suficiente información o presionados desde el exterior. La constatación de alguna de esas situaciones que pueden causar incompetencia no justifica *per se* la adopción de una medida normativa paternalista porque ninguna acción es completamente racional, autónoma o no siempre se dispone de toda la información<sup>87</sup>. De ahí que sólo cuando la falta de racionalidad, autonomía o información sean relevantes, y los perjuicios que se vayan a ocasionar a la persona sean mayores que los posibles beneficios, evitándose un daño grave y/o irreparable, estará justificada la adopción de la medida paternalista<sup>88</sup>. Como señala Richard Momeyer, «es suficiente que la persona autónoma sea capaz de adoptar sus propias decisiones con el grado de independencia que caracteriza a aquellos que pueden tener una mirada crítica de las diferentes influencias sociales, políticas, familiares que les influyen y exigen estricta conformidad»<sup>89</sup>. Esto hace que el número de personas que posiblemente sean incompetentes aumente de forma considerable y, por lo tanto, que se dificulte aún más la ta-

---

<sup>82</sup> J. MURPHY, "Incompetence and Paternalism", cit., p. 478; R.J. ARNESON, "Mill versus Paternalism", cit., p. 479.

<sup>83</sup> F. BERGER "Paternalism and Autonomy", cit., p. 105.

<sup>84</sup> D. SCOCCIA, "Paternalism and respect for Autonomy", cit., pp. 320-321.

<sup>85</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 231.

<sup>86</sup> D. SCOCCIA, "Paternalism and respect for Autonomy", cit., pp. 320 y 327.

<sup>87</sup> D. H. REGAN, "Justification for Paternalism", cit., p. 192.

<sup>88</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 230; C.L. TEN, "Paternalism and Morality", cit., p. 63.

<sup>89</sup> R. MOMEYER, "Medical decisions concerning noncompetent patients", cit., p. 277.

rea de determinar qué personas son, lo que Garzón Valdés denomina, *incompetentes razonables*, y qué personas son *incompetentes básicos* y son merecedores de una atención paternalista por parte del Estado<sup>90</sup>. Debe, pues, identificarse en esta segunda categoría a la subclase de personas que verdaderamente son *incompetentes básicos*, que permiten quebrar la presunción de competencia, y, por lo tanto que, de manera justificada, puedan estar sujetas a una medida normativa paternalista<sup>91</sup>.

### 3.2. Metacriterios para establecer la incompetencia básica.

¿Cuándo puede decirse que una persona adulta es un incompetente básico? Es decir, ¿cuándo podemos afirmar que la decisión adoptada por una persona que pertenece a la segunda categoría, respecto de una acción determinada, ofrece indicios suficientes de incompetencia básica como para que la presunción de competencia sea abandonada y pueda adoptarse justificadamente una medida paternalista? Jeffrie Murphy sostiene que una persona ha de ser considerada como incompetente básico para tomar decisiones acerca de una determinada acción si es *ignorante, compulsivo o carece de razón*<sup>92</sup>. La ignorancia, la compulsión y la carencia de razón serán, pues, los tres metacriterios que permitirán declarar la incompetencia básica de una persona. A través de ellos podemos (i) observar las circunstancias específicas bajo las que se ha desarrollado el proceso de toma de decisión y (ii) decidir si ha habido alguna distorsión que justifique la intervención. Estos criterios muestran *cómo* ha sido el proceso de formación de la voluntad y si ha habido una *decisión deficiente*<sup>93</sup>. La presencia de al menos uno de los metacri-

<sup>90</sup> E. GARZÓN VALDÉS, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, cit. pp. 165-167.

<sup>91</sup> J. MURPHY, “Incompetence and Paternalism”, cit., p. 478; J. HODSON, “The principle of paternalism”, cit., p. 62.

<sup>92</sup> J. MURPHY, “Incompetence and Paternalism”, cit., p. 468. La propuesta de E. GARZÓN VALDÉS, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, cit. p. 166, sería similar porque señala que los casos en que se demuestra la falta de competencia básica son aquellos en que la persona «ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar», «su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones», «sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas», «actúa bajo compulsión», «alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos».

<sup>93</sup> D. THOMPSON, “Poder paternalista”, cit., p. 230.



terios permitiría que una persona pueda ser considerada como incompetente básico y, en el caso de que la consecuencia fuese un daño grave e irreparable, pueda adoptarse una medida paternalista<sup>94</sup>.

Por otro lado, la justificación de la medida normativa paternalista también pasa por determinar correctamente el metacriterio que va a utilizarse porque, como regla general, de no lograrse la corrección del comportamiento no deseado, posteriormente no podrá alegarse que la incompetencia se debe a otro motivo. Esto es, si se llega a la conclusión de que la persona es incompetente por falta de información respecto de la acción que pretende realizar, posteriormente, una vez que la persona haya recibido la información y no haya modificado su intención originaria, no podrá decirse que está sometido a presiones internas o que su comportamiento es irracional. Esto significa que si la falta de información es la razón de la incompetencia básica, la intervención estatal debe ir encaminada hacia ese objetivo; mientras que si es la compulsión interna, se requiere una interferencia diferente<sup>95</sup>.

### 3.2.1. *La falta de información o ignorancia*

La falta de información será un criterio para declarar la incompetencia de una persona si implica *ausencia de conocimiento o de capacitación relevante para tomar una decisión o para ejecutar una acción*. La incompetencia básica deriva del hecho de que la persona no conoce bien la actividad en la que va a estar involucrada y el modo en que intenta actuar está condicionado por esa carencia de conocimiento; ignoran los elementos más básicos que se exigen para realizar una determinada actividad o los riesgos que pue-

---

<sup>94</sup> La escala para medir la relevancia de la ignorancia, de la compulsión o de la falta de razón es una cuestión que no queda resuelta en este trabajo y no es una cuestión de fácil solución. Como reconoce D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 232, «no existe ninguna diferencia categorial que permita distinguir aquellas que justifican la intervención de las que no lo hacen».

<sup>95</sup> Así, por ejemplo, las campañas de información que tratan de prevenir el tabaquismo serán eficientes y deberán dirigirse especialmente hacia las personas que no han comenzado el consumo, mientras que en aquellas personas que ya llevan un tiempo fumando, la mera información no conseguirá que modifiquen su comportamiento si, además, no existen medios sanitarios específicos. Eso último se debe a que están sometidos a una compulsión interna, su dependencia, que enturbia la comprensión de la información. La política pública sanitaria contra el consumo de tabaco deberá, por lo tanto, adoptar ambas medidas si quieren ser verdaderamente efectivas. Lo que no debería hacerse es dar sólo información a la persona que es fumadora habitual porque su incompetencia no viene determinada por la falta de información sino por estar sometido a una compulsión interna.



den presentarse. La falta de información relevante daña al ejercicio de su autonomía y causa la desaparición de la presunción a favor de la competencia<sup>96</sup>. En este caso de desinformación, puede pensarse que es razonable y racional<sup>97</sup>, o que existe una buena evidencia<sup>98</sup> o una fuerte presunción<sup>99</sup> a favor de que las personas involucradas no desean sufrir ningún daño y que, por lo tanto, una vez recibida la información van a recuperar su autonomía y a modificar su curso de acción, aunque también cabe la posibilidad de que lo ratifiquen.

La falta de información que perjudicaba al ejercicio de la autonomía personal y que causaba la incompetencia básica desaparece fruto de la información que se ha suministrado. Así, la medida paternalista deberá consistir en corregir la desinformación. La información que se proporciona permite que la persona restaure su capacidad de decisión y de elección<sup>100</sup>. A partir de ahí, la persona, si ha sido capaz de comprender o asimilar la información, y no está sujeta a ninguna presión interna o externa y no demuestra irracionalidad, es plenamente libre para desarrollar la acción, con independencia de la gravedad de las consecuencias o de si desaprobamos la acción.

Las campañas de información de los riesgos o beneficios que supone la realización de ciertas actividades deben ser el primer tipo de medidas paternalistas que deben adoptarse ya que siempre es preferible la medida menos aversiva porque la autonomía o la libertad de la persona deben sufrir lo menos posible, a lo que se une que con la información se apela a la razón<sup>101</sup>. La información y el consejo, a diferencia de la coacción, la criminalización de comportamientos o la sustitución, tratan de cambiar la acción alertando a la persona de las posibles y probables graves y desconocidas consecuencias que derivan de la propia acción<sup>102</sup>.

---

<sup>96</sup> F. BERGER "Paternalism and Autonomy", cit., p. 103; D.H. REGAN, "Justification for paternalism", cit., p. 190.

<sup>97</sup> D.N. HUSAK, "Paternalism and Autonomy", cit., pp. 33-34.

<sup>98</sup> J. HODSON, "The principle of paternalism", cit., pp. 65-66.

<sup>99</sup> J. FEINBERG, "Legal Paternalism", cit., p. 113.

<sup>100</sup> D.H. REGAN, "Paternalism, freedom, identity and commitment", *Paternalism*, cit., p. 115; M. BAYLES, "Criminal paternalism", cit., p. 177; D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., p. 39.

<sup>101</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 233.

<sup>102</sup> D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., pp. 52-53.



La posibilidad de utilizar la información para interferir en la libertad de una persona muestra la variedad y sutileza que pueden adoptar las medidas paternalistas, no reduciendo su ámbito de actuación a normas jurídicas coactivas que prohíben u obligan<sup>103</sup>. La interferencia se produce en estos casos porque quien informa intenta formar o modificar el comportamiento original. No obstante, este tipo de interferencia permite una mejor y más sencilla justificación ya que, no basándose en la imposición, muestra que quien gobierna tiene en cuenta la autonomía y la racionalidad de las personas gobernadas<sup>104</sup>. Muchas de las medidas normativas paternalistas que existen responden a este patrón. Las advertencias que aparecen en las cajetillas de tabaco informando que fumar produce serios perjuicios para la salud; las campañas que informan cómo prevenir las enfermedades de transmisión sexual o los embarazos no deseados; las campañas que advierten de los peligros del consumo de drogas o de alcohol; las campañas que aconsejan mantener una *dieta mediterránea* para prevenir ciertas enfermedades cardiovasculares; o la exigencia de informar antes de obtener el consentimiento informado para realizar una intervención médica o incluir a una persona en un ensayo clínico con medicamentos, son algunos ejemplos<sup>105</sup>. La información que se proporciona tiene como objetivo que aquellas personas que en algún momento deseen consumir alguna droga, mantener cierto tipo de relaciones sexuales o consumir determinados alimentos sean conscientes de los riesgos o beneficios que entrañan dichas acciones. El problema que se presenta a continuación es llegar a saber cuándo una determinada actividad entraña tal riesgo que se requiera el establecimiento de medidas normativas paternalistas que informen sobre el mismo. Pues bien, en este punto no hay, como señala Joel Feinberg, una fórmula o tabla matemática que sirva para establecer con valor universal cuándo el riesgo presente debe ser considera-

---

<sup>103</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 228; D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., p. 53. A su vez, la información se maneja de forma distinta cuando se trata de informar a una persona para que forme parte de un ensayo clínico con medicamentos, donde la información debe ser objetiva y no debe tratar de influir en el comportamiento, o cuando se trata de que adopte medidas de prevención general contra la transmisión del VIH/SIDA, donde la información debe ser objetiva y debe tratar de influir en el comportamiento.

<sup>104</sup> D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., p. 53.

<sup>105</sup> En sentido contrario, G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 149, considera que las normas que aportan información al consumidor o usuario no son paternalistas.



do como razonable o no razonable para las personas involucradas en esa actividad o comportamiento<sup>106</sup>.

Por otro lado, este paso puede ser suficiente si con la información que se aporta se obtiene el comportamiento deseado o se evita el no deseado. Pensemos, por ejemplo, en una campaña de información con la que se previene a la población de los peligros que supone un determinado comportamiento y se logra que la mayoría adapte su comportamiento a las recomendaciones. Pero, además de suficiente, puede que también sea el único posible. Pensemos que esa campaña no ha tenido éxito con un grupo de personas, ya sea mayoritario o minoritario, que ha recibido la información pero que ha hecho caso omiso del consejo y no ha modificado su comportamiento. Esto debe hacernos comprender que habrá interferencias exitosas e interferencias no exitosas pues en ocasiones las personas, a pesar de recibir toda la información posible, seguirán mostrando una actitud o un comportamiento que les puede ocasionar un daño<sup>107</sup>.

En el caso que he propuesto, si la incompetencia básica realmente se debe a la falta de información, no estaría justificado cambiar sin más de meta-criterio para adoptar una medida más aversiva porque debemos ser conscientes de que, en ciertos supuestos, la información será la única medida que puede adoptarse, aunque la medida paternalista no haya obtenido el resultado deseado con un grupo de personas. La exclusión de las otras medidas puede deberse a que (i) limitan excesivamente la autonomía; (ii) no se garantizaría la eficacia de la norma; (iii) suponen una intromisión inacepta-

<sup>106</sup> J. FEINBERG, "Legal Paternalism", cit., p. 109. Cabría preguntarnos qué ha cambiado para que la *comida rápida* haya pasado a ser etiquetada como *basura* y sea considerada como un *enemigo público*. ¿Cuánto tiempo pasará hasta que el Estado adopte medidas legislativas para controlar su calidad y evitar los casos de obesidad mórbida que puede producir? ¿Será un caso de paternalismo jurídico o se justificará por la afectación a la salud de las personas? La misma reflexión puede hacerse con el cambio de actitud de las autoridades públicas hacia el consumo de tabaco y de alcohol. En general, como reconoce D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., p. 51, «la cuestión que debe decidirse es si las prácticas que ahora sabemos que son peligrosas para la salud merecen la proyección dada por el estatus de derecho (...) No veo ningún argumento decisivo que señale que fumar, la pereza y otros peligrosos y placenteros pasatiempos están o no están protegidos por derechos».

<sup>107</sup> A pesar de las campañas de información del Ministerio de Sanidad acerca de las enfermedades de transmisión sexual y de los embarazos no deseados, una encuesta muestra que todavía un alto porcentaje de personas menores de 18 años sigue manteniendo relaciones sexuales sin hacer uso del preservativo o sin adoptar ningún método anticonceptivo. Los datos pueden consultarse en [www.shering.es](http://www.shering.es)

ble en la vida privada de las personas. Si realmente la incompetencia se debe a falta de información, la solución no puede pasar por la criminalización del comportamiento, pues las sanciones penales para asegurar la eficacia de la medida paternalista no siempre están justificadas ni moral ni utilitariamente y precisan una mayor justificación<sup>108</sup>, pero sí puede (i) iniciarse antes el proceso informativo/educativo; y/o (ii) recrudescerse el mensaje de las campañas de información para hacer comprender la gravedad e irreversibilidad del daño que puede causar ese comportamiento<sup>109</sup>. Como señala Feinberg para el caso del tabaco, «el Estado podría incluso justificar el uso de sus poderes impositivo, regulador y persuasivo para hacer que fumar (y usos similares de drogas) sea más difícil o menos atractivo». En cualquier caso, Joel Feinberg no comparte la anterior postura porque, en su opinión, el fracaso de la medida paternalista que consiste en informar de los riesgos no justifica *a posteriori* que deba prohibirse la actividad ya que «sería decir a la persona que asume el riesgo que incluso sus juicios informados acerca de qué es valioso son menos razonables que los del Estado». Esta versión del paternalismo crearía «un riesgo serio de tiranía gubernamental»<sup>110</sup>. Por el contrario, Donald Regan, haciendo uso de un criterio utilitarista afirma que «si nuestra justificación del paternalismo simplemente es la ignorancia de las personas, pudiera parecer que tenemos una justificación no para coaccionarlas sino sólo para educarlas» pero «deberíamos coaccionar cuando un gran aumento de libertad pueda ser asegurado con el coste de una pequeña pérdida de utilidad»<sup>111</sup>. Carmen Tomás-Valiente aglutinaría las dos posturas al señalar acertadamente que debe actuarse de manera proporcional pero «siempre es necesario escoger la alternativa menos restrictiva entre las efectivas»<sup>112</sup>. Personalmente considero que la adopción de medidas normativas paternalistas más coercitivas sólo se justificaría si se demostrase que la incompetencia básica no deriva del hecho de carecer de información sino de algún otro meta-

---

<sup>108</sup> M. BAYLES, "Criminal paternalism", cit., pp. 184 y 179.

<sup>109</sup> En el caso del consumo de tabaco ese recrudescimiento del mensaje va a producirse mediante la recomendación de la Comisión Europea de permitir la inclusión en las cajetillas de tabaco de fotografías de órganos y partes del cuerpo humano afectadas por tumores cancerígenos. *Vid. El País*, 9 de agosto de 2003, 'Los expertos abogan por incluir fotos del daño del tabaco en las cajetillas'; *El País*, 9 de septiembre de 2003, 'Puñetazos visuales contra el tabaco'.

<sup>110</sup> J. FEINBERG, "Legal Paternalism", cit., p. 116.

<sup>111</sup> D.H. REGAN, "Justification for paternalism", cit., pp. 191 y 200.

<sup>112</sup> C. TOMÁS-VALIENTE, "The justification of paternalism", cit., p. 458.

criterio. Como subraya Murphy, en este tipo de casos «nos encontramos ante un supuesto completamente nuevo» por lo que mi subsiguiente intervención paternalista ya no podrá justificarse en la ignorancia de la persona y debería intentar la justificación con algunas de las otras dos posibilidades<sup>113</sup>.

### 3.2.2. *La compulsión*

La compulsión será un criterio para declarar la incompetencia de una persona si implica que *no elige libremente entre las distintas opciones que se le presentan, no ejerce su autonomía a la hora de escoger, ya sea por una compulsión externa o una compulsión interna*<sup>114</sup>. Esto se debe a que el comportamiento de los seres humanos se caracteriza por la libertad de acción, lo cual significa que cuando una persona realiza una elección se presupone que la hace de manera racional, libre, autónoma, intencionada, habiéndose informado de los riesgos que conlleva y asumiendo la responsabilidad que se deduce de

---

<sup>113</sup> J. MURPHY, "Incompetence and Paternalism", cit., p. 469. En Estados Unidos y en España se ha prohibido la comercialización de *Laetril* y *Biobac*, respectivamente, porque, a pesar de la información suministrada por las autoridades sanitarias, existía un número considerable de personas que pretendían seguir con su consumo. La prohibición no se basa en la ignorancia o falta de información de esas personas sino en la compulsión generada por la enfermedad que afecta a su proceso de formación de la voluntad. Como señala D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., lo cual también puede aplicarse al caso español, «la FDA no ejerció ninguna autoridad de tipo injustificadamente paternalista, sino que trató de probar que la decisión de consumir *Laetril* es, en la generalidad de los casos, deficiente. Conforme a los funcionarios de la FDA, la elección entre el *Laetril* y otras terapias alternativas contra el cáncer probablemente más eficaces no es libre, pues el enfermo decide en 'un clima de angustia y temor', creado por la naturaleza del mal y exacerbado por las presiones pecuniarias y políticas fruto de la misma campaña a favor del *Laetril*».

<sup>114</sup> J. MURPHY, "Incompetence and Paternalism", cit., p. 470, nota 11, advierte que esa distinción no es completamente concluyente porque en las personas que actúan bajo compulsión externa también se aprecia una compulsión interna. En todo caso, la distinción es útil si se construye atendiendo al origen de la compulsión. Por otro lado, creo conveniente diferenciar dos pares de situaciones: (i) los casos en que existe compulsión externa (dependencia de una sustancia, presión familiar o de un grupo religioso), donde cabe la posibilidad de adoptar una medida paternalista, de los casos en que existen amenazas o coacciones tipificadas como delito, donde las medidas normativas se justifican por la afectación a terceras personas; (ii) los casos en los que hay compulsión interna (nuestros deseos frustran nuestros valores) de los casos en los que sólo existe una tentación muy fuerte (nuestros deseos chocan con nuestros valores).



sus actos. La persona bajo compulsión no realiza sus comportamientos o ejecuta sus acciones libre y responsablemente, a pesar de poder haber recibido toda la información, y no puede asumir las consecuencias ni valorar los riesgos. La presencia de compulsión hace que desaparezca todo rastro de intencionalidad<sup>115</sup>. En los casos en que la compulsión es interna, la persona no es capaz de comprender ni la información ni las consecuencias de sus acciones, afectándose de ese modo el ejercicio de su autonomía<sup>116</sup>. En los casos en que la compulsión es externa la persona manifiesta unos deseos, fines y planes que no son expresión de su personalidad sino el resultado de una instrucción o presión social<sup>117</sup>. Así, la existencia tanto de presiones psicológicas como sociales aconsejan la adopción de medidas paternalistas que protejan un proceso de formación de la voluntad que sea independiente<sup>118</sup>.

En este caso, como en los otros, las medidas paternalistas protegen cómo se forma y formula la voluntad de la persona para que sea autónoma, con el fin de que ésta decida qué es lo que más le conviene, qué decisión encaja mejor en su plan de vida o en su proyecto de florecimiento humano. Así, en el ámbito biosanitario, la necesidad de proteger la adopción de una decisión autónoma, libre y responsable de la persona enferma justifica que se hayan establecido medidas normativas para garantizar que el entorno familiar, religioso o médico no influyan negativamente en la toma de la decisión. Una vez que se le ha informado de manera suficiente y adecuada, intentando corregir la incompetencia fruto de la ignorancia, la decisión que tome debe protegerse de la compulsión externa injustificada, ya provenga del personal

---

<sup>115</sup> El *Avis 82* del *Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé* que trata el caso de los trasplantes de tejido compuesto en la cara (injerto parcial o total de rostro) señala las dificultades que existen en ese caso para obtener un consentimiento verdaderamente informado debido a la presión interna a la que está sometida la persona que desea someterse a dicho trasplante. El consentimiento que otorga la persona afectada en este supuesto es, en su opinión, ilusorio pues aunque el médico le informe adecuadamente de los graves riesgos de la operación, de las complicaciones del posterior tratamiento o del futuro modo de vida que el paciente deberá seguir, es posible que éste siga queriendo recurrir a la operación. El paciente, se dice, no es incompetente porque carezca de información sino que es incompetente porque está sometido a tal presión interna por recuperar su rostro que es incapaz de asimilarla y ello hace que en su voluntad no haya rastro de intencionalidad.

<sup>116</sup> D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., p. 39.

<sup>117</sup> F. BERGER "Paternalism and Autonomy", cit., p. 96; D.H. REGAN, "Paternalism, freedom, identity and commitment", cit. p. 115.

<sup>118</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 159.

sanitario, del grupo religioso al que pudiera pertenecer o de su entorno familiar<sup>119</sup>.

En el caso de la compulsión interna, la dependencia que ciertas sustancias (drogas, alcohol, tabaco) o ciertas actividades (ludopatía) crean en las personas que las consumen o realizan, pueden llegar a anular su capacidad de escoger entre las distintas alternativas que se le presentan. Como señala Wexler, «si los adictos han de ser considerados incompetentes tiene que ser porque su compulsión irresistible a consumir drogas les impide tomar una decisión racional respecto del tratamiento»<sup>120</sup>. Esa dependencia crea una compulsión que debe tomarse en consideración por parte de los poderes públicos y por parte de terceras personas a la hora de adoptar las medidas paternalistas oportunas. En concreto, la información a la que antes hacía referencia, aunque debe estar presente, no sería suficiente porque la decisión de incorporarse o rechazar un tratamiento de rehabilitación está fuertemente condicionada por dicha dependencia, por lo que se requerirá la adopción de medidas paternalistas de distinto tipo que sean adecuadas para lograr que la persona recobre la competencia perdida. En todo caso, no conviene olvidar que lo necesario no siempre está justificado por lo que, salvo en supuestos extremos<sup>121</sup>, la inclusión obligatoria de estas per-

<sup>119</sup> Las normas que regulan en España las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos establecen que el donante-vivo debe manifestar su consentimiento expreso, libre, consciente y desinteresado, lo cual debe comprobarse en una reunión con los miembros del Comité de Ética para la Asistencia Sanitaria del hospital transplantador. Con ello se pretende *aislar* al donante-vivo de las posibles presiones de su entorno familiar, garantizándose de ese modo que su consentimiento realmente es libre. Esto se debe a que la inmensa mayoría de este tipo de donaciones se producen entre familiares, lo cual puede llegar a generar una presión externa muy fuerte en aquella persona que, habiéndose sometido a las pruebas de compatibilidad, haya sido seleccionada como donante.

<sup>120</sup> D.B. WEXLER, "Therapeutic justice", *Minnesota Law Review*, vol. 57, núm. 289, 1972-1973, p. 326. En sentido contrario al aquí expuesto, G. BECKER y K. MURPHY sostienen que en la demanda de bienes adictivos no debe suponerse *a priori* la existencia de un comportamiento irracional o de falta de información sino que las personas que demandan tales bienes tienen un comportamiento racional, como muestra su tasa de descuento temporal, ya que reconocen la naturaleza adictiva de su elección pero están dispuestos a asumirla debido a que los beneficios esperados son superiores a los costes futuros. Cfr. G. BECKER y K. MURPHY, "A theory of rational addiction", *Journal of Political Economy*, 13, 1988, pp. 379-390.

<sup>121</sup> La inclusión obligatoria de enfermos en tratamientos sanitarios terapéuticos sólo está contemplada en la legislación española para los casos en que la enfermedad sea altamente contagiosa (art. 9.2.a Ley 41/2002). En ese caso no nos encontraríamos ante normas jurídicas paternalistas ya que, al existir la posibilidad de contagio, existen terceras personas que pueden



sonas sin su previo consentimiento en un tratamiento de rehabilitación no sería admisible porque supondría anular por completo su autonomía<sup>122</sup>. Su a(di)cción no perjudica directamente y de forma relevante a terceras personas por lo que no sería posible justificar una medida paternalista de ese tipo. En cambio, sí estarían justificadas las medidas normativas paternalistas que, para hacer frente a la falta de información, traten de persuadirle para que se inscriba en esos tratamientos de rehabilitación y que, para hacer frente a la compulsión interna, establezcan un período de reflexión, de permanencia mínimo o de *enfriamiento* para que los termine y no los abandone ante el primer obstáculo<sup>123</sup>.

Este metacriterio puede explicarse perfectamente recordando el relato mítico de Ulises y las sirenas. Según se cuenta, Ulises pidió a los marineros que le acompañaban que le ataran al mástil del barco para no sucumbir ante la belleza del canto de las sirenas y, además, les advirtió que no tuvieran en cuenta su posible petición de ser desatado. Como era de esperar, el canto de las sirenas era tan bello que Ulises pidió ser desatado, pero los marineros hicieron oídos sordos a su petición<sup>124</sup>. En la actualidad las sirenas que pueden atraernos con su canto, anulando nuestra voluntad e intencionalidad, son muchas. Ahora Ulises ya no es atraído por el canto de las sirenas sino por la música de las máquinas tragaperras o por los susurros de un *camello*. Ulises es un ludópata o un heroinómano que tiene su competencia y autonomía mermadas, lo cual hace que sea incapaz de escoger libremente entre jugar o no jugar, entre *pincharse* o no. Su comporta-

---

verse afectadas y la intervención estatal está plenamente justificada. Como señala D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 244, «se puede obligar a un paciente a recibir asistencia médica si ello es necesario para proteger la salud pública o impedir que se perjudique a otras personas, especialmente a los niños». No obstante, bien pudiera ser que volviessen a aparecer algunos *casos trágicos*.

<sup>122</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 244.

<sup>123</sup> Así, por ejemplo, en el caso de la ludopatía, en el Decreto 24/1995, de *Organización y Funcionamiento de los Registro del Juego y de Interdicciones de Acceso al Juego*, dictado por la Comunidad de Madrid, que tiene como finalidad hacer efectivo el derecho subjetivo de los ciudadanos a que les sea prohibida la entrada en los Casinos (art. 24 Ley 6/2001, del *Juego*), se establece que la vigencia de «las inscripciones producidas a instancia del propio interesado lo serán por tiempo indefinido pero tendrán una vigencia mínima de seis meses a contar desde la fecha de la solicitud. Durante dicho periodo de vigencia mínima no podrá autorizarse la cancelación de la inscripción en el supuesto que se solicitara por el interesado».

<sup>124</sup> HOMERO en *Odisea* relata el viaje por mar de Ulises hacia Ítaca y cuando llega a la isla de Eea, la soberana Circe, le advierte del peligro que supone escuchar el canto de las sirenas. J. ELSTER en *Ulises y las sirenas*, trad. J. Utrilla, FCE, México, 2000, usa ese ejemplo para explicar cuestiones filosóficas en torno al concepto de racionalidad.

miento está determinado de tal forma por la dependencia psíquica y física que siempre va a jugar y siempre va a inyectarse heroína, aunque por los escasos momentos de lucidez que tiene sabemos que preferiría no seguir haciéndolo. En uno de esos momentos de racionalidad esclarecida, y como fruto de una primera y necesaria medida paternalista de información, persuasión y captación, Ulises decide *autoencadenarse* iniciando un tratamiento de rehabilitación<sup>125</sup>.

Lo interesante de este ejemplo no es la decisión de Ulises de encadenarse sino que lo verdaderamente importante, desde la óptica del paternalismo, es cuando Ulises pretende desencadenarse, esto es, pretende dejar el tratamiento al aparecer la primera complicación física o psíquica. Nuestro moderno Ulises de nuevo es atraído por las sirenas y exige ser desencadenado. En realidad, la primera petición de Ulises (ser encadenado) no es, en mi opinión, un caso de paternalismo ya que no es fruto de una imposición heterónoma sino autónoma<sup>126</sup>. El

<sup>125</sup> Una cuestión que podría plantearse al hilo del ejemplo utilizado es el propio valor que tiene la petición de Ulises. Cfr. D.H. REGAN, "Paternalism, freedom, identity and commitment", cit. pp. 127-128. Imaginemos que no hubiese advertido a los marineros y cuando llegan a la zona en la que están las sirenas, Ulises, seducido por su canto, corre a lanzarse por la borda. Pues bien, ¿qué tendrían que haber hecho los marineros: dejar que se tire o atarle al mástil? En mi opinión, deberían haberle atado al mástil porque desarrolla un comportamiento irracional en el que se aprecia una ausencia de juicio a la hora de formar un juicio o criterio respecto de la actividad en la que está involucrado, poniendo en peligro un bien primario para conseguir otro de carácter secundario.

<sup>126</sup> La primera petición de Ulises es un supuesto de autopaternalismo, esto es, una restricción que se impone la propia persona sabedora de su incompetencia o debilidad en ciertas circunstancias. Estamos ante una persona tan competente y/o racional que conoce sus limitaciones y pide ayuda. Cfr. D. WIKLER, "Paternalism and the mildly retarded", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 8 núm. 4, 1979, p. 389. Estas medidas autopaternales quiebran la estructura clásica de las relaciones paternalistas y no deberían ser consideradas entre los casos de paternalismo ya que la persona no muestra incompetencia básica sino que actúa de una manera racional ya que perfectamente sabe cuáles son sus intereses y qué peligros existen. La cuestión de la inclusión o no del autopaternalismo entre los casos de paternalismo no es pacífica pues se considera que siempre debe existir una relación asimétrica fruto de la mayor jerarquía, conocimiento, experiencia o autoridad de una de las personas implicadas. Cfr V. CAMPS, "Paternalismo y bien común", cit., p. 197. En sentido contrario se ha manifestado D.N. HUSAK, "Paternalism and Autonomy", cit., pp. 41-45, para quien «la caracterización del paternalismo como una relación que necesariamente implica una desigualdad es deficiente» porque existen supuestos en los que la relación paternal no se produce entre desiguales: «el autopaternalismo es posible porque un agente puede tomar decisiones en un momento que tengan como resultado subsecuentes interferencias con su libertad» para proteger un bien valioso para la persona que se autoencadena. Husak sostiene que «todo lo que es requerido para estar sujeto a una interferencia en supuestos de paternalismo hacia uno mismo es que un agente esté motivado sobre premisas paternalistas para consentir voluntariamente medidas que posteriormente le hagan más difícil actuar de acuerdo con sus deseos».

paternalismo comienza con la posterior imposición por una tercera persona de la previa manifestación de voluntad, la cual se considera que manifiesta la verdadera voluntad al haber sido emitida en un momento de racionalidad esclarecida.

Esto plantea una ulterior cuestión muy importante: hasta qué punto estamos obligados a cumplir nuestras expresiones de voluntad y cómo podemos revocarlas<sup>127</sup>. Se plantea, pues, el problema de la relevancia de las modificaciones en las creencias, elecciones y consentimientos de las personas. Al igual que le ocurriera a Ulises, las manifestaciones de voluntad que hacemos nos obligan y obligan a otros, aunque no conviene olvidar que todo el mundo puede cambiar de opinión acerca de, por ejemplo, recibir o no recibir un determinado tratamiento terapéutico<sup>128</sup>. Tenemos derecho a cambiar nuestra decisión porque puede ser mejor que aquella que tomamos en el pasado al haber dispuesto de más información o de más tiempo para reflexionar. En este sentido, Donald Regan afirma que «en ausencia de evidencia extrínseca acerca de qué decisión está mejor informada, el simple paso del tiempo sugiere consideraciones que favorecen a la segunda»<sup>129</sup>.

### 3.2.3. La ausencia de razón

La ausencia de razón será un criterio para declarar la incompetencia básica de una persona si existe un *comportamiento que puede ser calificado como no-racional, irracional o en el que se aprecia una ausencia de juicio a la hora de formar un criterio respecto de la actividad en la que está involucrada*. Jeffrie Murphy señala que el comportamiento *no-racional* está presente cuando a una persona adulta, debido a una cierta enfermedad, no tiene sentido atribuirle poder de decisión o de elección (p.e. catatónicos, pacientes en coma). El comportamiento *irracional*, por su parte, no se presenta cuando una persona adulta es «meramente excéntrica por tener deseos que no compartimos o se involucran en prácticas que desaprobamos»<sup>130</sup>. El comportamiento irracional se

<sup>127</sup> D. VANDEDEER, *Paternalistic Intervention*, cit., p. 294-301.

<sup>128</sup> La revocación del consentimiento debería contar, en todo caso, con una forma específica (p.e. por escrito) o de un tiempo de espera obligatorio antes de hacerla efectiva para comprobar si verdaderamente la autonomía está presente. Cfr. G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 159.

<sup>129</sup> D.H. REGAN, "Paternalism, freedom, identity and commitment", cit. p. 129.

<sup>130</sup> J. MURPHY, "Incompetence and Paternalism", cit., p. 473. La mayoría de la población en un determinado país podría considerar como un comportamiento irracional que una persona

presenta cuando una persona tiene *cognitive delusions*<sup>131</sup> y eso hace que (i) crea cosas que son *intrínsecamente* irracionales (p.e. una persona cree que es un insecto) o (ii) sostenga cosas *sistemáticamente* equivocadas en sus juicios (p.e. un paranoico). Estos dos primeros supuestos de comportamiento no-racional y de comportamiento irracional no plantearían, en principio, demasiados problemas porque estaríamos ante personas que podrían adscribirse a la primera de las categorías a las que antes hacíamos alusión y en las que se presume su incompetencia<sup>132</sup>. El tercer supuesto es el más complicado porque se determina la incompetencia básica de una persona que *no aprecia lo que es verdaderamente relevante a la hora de formar un criterio respecto de la actividad en la que está involucrada*. Si antes nos encontrábamos con Ulises, ahora lo hacemos con Fausto<sup>133</sup>.

En este metacriterio son encuadrables aquellos casos en que se considera que una persona, a pesar de contar con toda la información relevante y sin estar sujeta a ningún tipo de compulsión, es incompetente básico porque pretende actuar de una forma que se considera imprudente ya que no ha evaluado suficientemente las graves consecuencias negativas que puede generar dicha acción o comportamiento en su plan de vida, formado alrededor de una serie de bienes primarios<sup>134</sup>. Como dice C.L. Ten, «un agente puede hacer algo sin ser consciente de las consecuencias perjudiciales de sus actos, y puede ser razonable pensar que si hubiese conocido las consecuencias, no habría actuado de la manera en que lo hizo»<sup>135</sup>. Ese agente, no obstante, no

---

muera por negarse a ser transfundida debido a motivos religiosos. Podría pensarse que es absurdo morir por no someterse a una intervención médica tan sencilla como es una simple transfusión de sangre. ¿Cómo es posible, podría pensar *el hombre del autobús de Clapham*, que esto ocurra? Si estamos de acuerdo con lo anterior, entonces estaremos dispuestos a sacrificar ciertos derechos y libertades básicas e imponer un curso de acción diferente por el propio bien de la persona o de la sociedad.

<sup>131</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 158.

<sup>132</sup> No obstante, podrían volver a aparecer los *casos trágicos*, como puede ser el de un paciente que se niega a ser operado o a someterse a tratamiento oncológico porque cree que no tiene cáncer a pesar de que el oncólogo y el cirujano le han informado de forma suficiente y adecuada de que efectivamente lo padece y las pruebas diagnósticas así lo demuestran. ¿Debería, en ese caso, adoptarse una medida paternalista y operarle o someterle a tratamiento sin su consentimiento?

<sup>133</sup> Johann W. Goethe en *Fausto* narra el pacto con sangre que Fausto firma con Mefistófeles por el cual vende su alma a cambio de satisfacer sus sensaciones más ardientes.

<sup>134</sup> D. VANDEDEER, *Paternalistic Intervention*, cit., pp. 302-344.

<sup>135</sup> C. L. TEN, "Paternalism and Morality", cit., p. 61.

tiene falta de información sino una *laguna valorativa* ya que no es capaz de ponderar el riesgo que supone para sus bienes primarios la no aplicación de la medida paternalista<sup>136</sup>. En este caso, la medida paternalista salvaguarda una serie de bienes primarios que es razonable y racional pensar que se quieren proteger. Si el Estado quiere salvaguardar a una persona de los daños que se puede infligir, debe señalar que el comportamiento es manifiestamente irracional porque pone en serio peligro los bienes primarios generalmente admitidos en la sociedad<sup>137</sup>. La incompetencia, según Gerald Dworkin, se debería a que esas personas se niegan a actuar de acuerdo con sus preferencias y deseos actuales y declarados<sup>138</sup>. Como reconoce Feinberg, la razón última y fundamental en estos casos es que se presume que una persona que se expone a una serie de riesgos inaceptables es incompetente<sup>139</sup>. La justificación de la medida paternalista no depende de la evaluación de la actividad como peligrosa sino de la incompetencia que es fruto de la falta de racionalidad que demuestra la persona que, por un lado, se embarca en una actividad peligrosa pero que, por otro lado, no quiere sufrir daños<sup>140</sup>. Apelar a la irracionalidad de la decisión y no a la maldad hace que se convierta en un caso justificado de paternalismo, pues mostraría que la persona no ha formado correctamente su voluntad al no optar «por el curso de acción que mejor satisface su plan de vida o sus más importantes y estables preferencias»<sup>141</sup>.

En este caso, de un modo inevitable, se plantea el problema de determinar y de calibrar adecuadamente una escala de valores y bienes primarios en un Estado de Derecho porque no puede justificarse o legitimarse que se actúe de modo paternal ante cualquier comportamiento que parezca arries-

---

<sup>136</sup> F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, cit. p. 55.

<sup>137</sup> J. FEINBERG, "Legal Paternalism", cit., p. 110; G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 161; D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 234. Un ejemplo es la campaña para prohibir el *toughman* en Estados Unidos. El *toughman* es una nueva modalidad de boxeo que se practica entre no profesionales en la que sólo hay unas pocas reglas muy flexibles y que en 2003 causó, al menos, la muerte de cuatro personas (*vid. El País*, 29 de septiembre de 2003). Su prohibición con el actual formato no debe ser, en mi opinión, porque sea peligroso sino porque algunas de las personas que participan demuestran un comportamiento irracional al poner el peligro un bien primario (vida e integridad física) de forma inconsciente y temeraria.

<sup>138</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 158.

<sup>139</sup> J. FEINBERG, "Legal Paternalism", cit., p. 117.

<sup>140</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 158.

<sup>141</sup> C. TOMÁS-VALIENTE, "The justification of paternalism", cit., p. 441-442.

gado o no compartamos sino sólo ante aquel que suponga la puesta en peligro de un bien que, aunque sea sólo estadísticamente, la mayoría de la población protegería. A pesar de los riesgos que esto puede entrañar, creo que la caída por la *pendiente resbaladiza* no es inevitable, como intentaré mostrar diferenciando dos tipos de Faustos.

El primer grupo de Faustos está compuesto por aquellas personas que se involucran en actividades que no definen su plan de vida y que suponen poner en peligro bienes primarios que forman parte de ese plan de vida. El ejemplo clásico es el del contrato de esclavitud y el ejemplo moderno sería el contrato de venta de órganos<sup>142</sup>. En estos casos, Fausto hace un ejercicio abusivo de su autonomía, por lo que el sistema jurídico reacciona no admitiendo esos comportamientos e imponiendo un curso de acción distinto a través de sanciones negativas retributivas (una multa) o a través de sanciones negativas atributivas o privativas (no reconocer efectos a la acción realizada)<sup>143</sup>. La presunción de incompetencia se torna, en este caso, *iuris et de iure* y no cabe prueba en contrario para desmontarla.

---

<sup>142</sup> Sobre este punto véanse G. DWORKIN, "Markets and Morals: the case for organ sales" en G. DWORKIN (ed.), *Morality, Harm and the Law*, Westview Press, Boulder, 1994, pp. 155-161; M.J. RADIN, "Market-inalienability", *Morality, Harm and the Law*, cit., pp. 146-155; D.A. RICHARDS, "Is my body my property?", *Social Research*, vol. 68 núm. 1, 2001, pp. 83-101.

<sup>143</sup> Estos casos plantean la existencia de límites de la autonomía personal cuando el comportamiento es irracional en el sentido de no apreciar lo que es verdaderamente relevante a la hora de formar un criterio respecto de la actividad en la que la persona está involucrada. En los casos del contrato de esclavitud y de la venta de órganos se produce una colisión entre el ejercicio de la autonomía y el valor de la dignidad humana pues estamos ante decisiones que no afectan a terceras personas, pero que suponen una afectación a la dignidad humana de la persona que las toma, esto es, al valor mínimo que cada persona tiene en su condición de ser humano y que «impide que su vida o su integridad sea sustituida por cualquier valor social». Cfr. E. FERNÁNDEZ GARCÍA, "Estado, sociedad civil y democracia", *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 151. Esta importancia capital determina, como defiende N. HOERSTER, "Acerca del significado de dignidad humana", *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 102, que a través del principio de dignidad humana tengamos un criterio «sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual». La medida normativa paternalista consistiría en establecer una prohibición sobre el curso de acción escogido, al demostrarse la existencia de un comportamiento, más allá de lo meramente excéntrico, por lo que es precisa una medida normativa que restrinja la alienación de la dignidad humana. Cfr. R. CARTER, "Justifying Paternalism", *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 7, 1997, p. 134.



Las medidas paternalistas que deben adoptarse en estos casos no deberían solamente criminalizar o prohibir el comportamiento sino que también deberían maximizar la libertad de elección que realizan las personas, asegurando que tengan el más amplio abanico de elecciones posibles sobre qué hacer con su vida<sup>144</sup>. En muchas ocasiones ha sido la necesidad (económica) la que ha llevado a esas personas a pretender realizar esos comportamientos, por lo que habría que preguntarse si eliminando las circunstancias que los han generado, seguirían realizando el mismo comportamiento. Por otro lado, estas medidas normativas paternalistas no nos lanzan por la *pendiente resbaladiza* hasta el moralismo legal ya que, como señala Danny Scoccia, no se produce la imposición de un valor sustantivo en la persona si ésta está preocupada por su futuro bienestar<sup>145</sup>. La persona que se vende como esclava o se presta como cobaya humana en un ensayo clínico, la que vende uno de sus riñones o conduce una motocicleta sin llevar correctamente puesto el casco protector, generalmente no son agentes que se desprecupan de su futuro bienestar sino que desean tener una buena vida. Salvo en algunos casos específicos, su comportamiento no puede ser considerado como una simple actividad que implica riesgo y que define un modo de vida.

Un segundo grupo de Faustos es el formado por las personas involucradas en actividades que suponen un determinado modo de vida y que entrañan riesgo<sup>146</sup>. Si dejamos a un lado las motivaciones fuertes para adoptar un

<sup>144</sup> D.H. REGAN, "Justification for paternalism", cit., pp. 193-194.

<sup>145</sup> D. SCOCCIA, "Paternalism and respect for Autonomy", cit., p. 325. En cambio, C. TOMÁS-VALIENTE, "The justification of paternalism", cit., p. 446, sostiene que la admisión de estas medidas paternalistas «inevitabilmente haría caer por una peligrosa *pendiente resbaladiza*, ya que podría ser usada para justificar la prevención paternalista de cualquier decisión autónoma (y de la prohibición de cualquier colaboración externa) que pudiera conducir a la muerte (suicidio, rechazo de tratamientos médicos salvadores, huelgas de hambre), al igual que los comportamientos que impliquen riesgos para la vida o para la salud (ciertos deportes o actividades peligrosos, fumar, incluso hábitos inadecuados de alimentación), dado el hecho de que la muerte (y, en un menor grado, la enfermedad) obviamente excluyen toda posibilidad de autonomía personal futura». En mi opinión, esta postura llevaría el argumento demasiado lejos, pues aun admitiendo la adopción de medidas paternalistas cuando se produce una decisión que puede suponer un grave daño e irreparable, dicha admisión no es ilimitada sino que es sometida a ciertos controles cualitativos.

<sup>146</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 160; D.H. REGAN, "Paternalism, freedom, identity and commitment", cit. p. 121.

determinado plan de vida que pueda entrañar más riesgo, como puede ocurrir en algunos casos con la religión<sup>147</sup>, no debemos olvidar que en todos los grupos de personas una parte de sus componentes pueden llegar a definir su vida a través de una actividad que supone incrementar el riesgo que una persona *normal* estaría dispuesta a asumir. Tienen menor aversión al riesgo y, por ese motivo, han evaluado de forma distinta el grado de probabilidad de que les ocurra un daño como resultado de un determinado comportamiento, o han considerado que el daño no es tan grave, o que necesitan ese comportamiento arriesgado para sentirse vivos, o que a pesar del riesgo el objetivo merece la pena<sup>148</sup>.

¿Hasta qué punto puede afirmarse que estas personas que definen su vida de una determinada manera, atendiendo a la actividad que realizan (mo-

---

<sup>147</sup> Un caso peculiar se planteó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando un ciudadano británico que profesaba la religión *sig* solicitó que, por motivos religiosos, le fuera excepcionada la aplicación de la norma que obligaba a conducir una motocicleta llevando un casco reglamentario. La Comisión ponderó los valores, principios y derechos que se encontraban en juego en el asunto concreto y resolvió en contra del particular al señalar que la limitación de la libertad religiosa estaba plenamente justificada por motivos de protección de la salud. Es evidente que dicha solución no concuerda con la tesis de estas páginas ya que, en mi opinión, es preferible salvaguardar el derecho a la libertad religiosa que la norma que prohíbe un comportamiento que no afecta a terceras personas y que ‘impone un comportamiento por el propio bien de la persona que lo ejecuta’. Como señala D.H. REGAN, “Justification for paternalism”, cit., p. 200, «podría haber individuos que, si sólo se les permitiese conducir motocicletas llevando un casco, preferirían no conducir las. Si a estos individuos debería permitírseles conducir sin cascos sólo dependerá de cuan importante sea conducir para ellos, pero como tales individuos son muy inusuales, creo que podrían tener derecho a una excepción». En el mismo sentido se pronuncia A. WEALE, “Paternalism and social policy”, *Journal of Social Policy*, núm. 7, 1978, pp. 170-171, cuando señala que la interferencia de la medida paternalista ni debe ser severa ni interferir con un elemento significativo del plan de vida de una persona. Imaginemos ahora que el motivo que alega el motorista no es religioso sino su pertenencia a un determinado club, como puede ser el californiano *Los Ángeles del Infierno*. ¿Cambiaría nuestra valoración?; ¿la pertenencia al club de este segundo motorista no define su vida de igual manera que en el caso de la religión?

<sup>148</sup> J. FEINBERG, “Legal Paternalism”, cit., p. 110. Es muy ilustrativa la entrevista que Rosa Montero hace a Juan Oiarzabal, publicada en *El País Semanal* el 23 de noviembre de 2003. En un momento de la entrevista el alpinista reconoce que en nueve ocasiones ha estado a punto de morir; en otro, que después de haber coronado 20 veces cumbres de más de ocho mil metros tiene una relación muy cercana con la muerte; y, por último, que en alpinismo la zona por encima de los siete mil metros se denomina ‘zona de la muerte’ por las condiciones extremas de presión y de falta de oxígeno.

tociclistas, alpinistas, practicantes de *surf*), poseedores de diferentes valores, no aprecian lo que es verdaderamente relevante a la hora de formar un juicio o criterio respecto de la actividad en la que están involucradas?, esto es, ¿las personas que definen su plan de vida a través de una actividad de riesgo son incompetentes básicos? En primer lugar creo necesario advertir que dichas actividades no es posible prohibirlas por el simple hecho de ser peligrosas<sup>149</sup>. En segundo lugar, como reconoce Ernesto Garzón Valdés, no hay que negar la competencia básica a aquellas personas que prefieren «correr el riesgo de un daño seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad»<sup>150</sup>. En tercer lugar, el nivel de riesgo de la actividad no es universal sino que dependerá de cada persona ya que, como señala Thompson, «la gravedad comparativa del daño o beneficio es discutible»<sup>151</sup>. Así, la travesía a nado del Estrecho de Gibraltar es una empresa que entraña un riesgo que será mayor o menor si la emprende un nadador aficionado o el campeón olímpico de natación en aguas abiertas. El hecho de que una determinada práctica sea peligrosa no significa que deba prohibirse ya que hay riesgos que las personas tienen derecho a asumir<sup>152</sup>.

Por lo general, el hecho de estar involucrado en una de esas actividades peligrosas que definen un modo de vida supone que la persona asume y es consciente del riesgo existente y de las medidas que deben adoptarse para minimizar los posibles daños y poder seguir disfrutando de la misma<sup>153</sup>. De este modo, los habituales de una práctica que entraña riesgo suelen hacer gala de una perfecta racionalidad haciendo innecesarias las normas heterónomas, pero, como no vivimos en esa sociedad de ángeles, la existencia de

<sup>149</sup> D.H. REGAN, "Paternalism, freedom, identity and commitment", cit. p. 121.

<sup>150</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 169. En contra de esta postura se pronuncia P. DIETERLEN, "Paternalismo y Estado de bienestar", cit., p. 189, cuando advierte que debe interferirse de forma paternalista en casos en los que la imprudencia o la temeridad se hacen muy presentes y el daño al que se exponen es grande y con una alta probabilidad de que suceda.

<sup>151</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 234; D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., p. 39.

<sup>152</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 160.

<sup>153</sup> La entrevista con Juan Oiarzabal aporta luz en este punto cuando afirma que los alpinista tienen «el código de no sobrepasar jamás la hora de bajada, hay un momento en el que hay que bajar porque seguir después de esa hora puede ser la muerte. Y, hayas llegado arriba o no, tienes que volver (...) Siempre he seguido ese código de saber que tengo que llegar a una cumbre como muy tarde a una hora determinada, y si no darme la vuelta (...) La madurez y la experiencia te enseñan muchas cosas».

normas jurídicas paternalistas que impongan medidas de seguridad para evitar daños graves e irreparables siguen siendo necesarias para el primer grupo de Faustos, esto es, las personas que no han evaluado el riesgo que entraña la actividad y que ponen en peligro un bien primario en pos de la consecución de uno secundario.

#### 4. EL CONSENTIMIENTO ORIENTADO HACIA EL FUTURO

La intervención paternalista del Estado que hasta aquí he defendido tiene como objetivo proteger la autonomía de las personas, pues el proceso de formación de su voluntad estaba viciado, ya pertenezcan a la primera o a la segunda categoría, esto es, (i) personas que por alguna razón objetiva siempre van a ser consideradas como incompetentes básicos para realizar ciertos actos o (ii) personas que son incompetentes básicos sólo bajo determinadas circunstancias y para determinados actos. Gerald Dworkin ha sido uno de los autores que más esfuerzo ha realizado en demostrar la importancia del consentimiento a la hora de justificar la imposición de una medida paternalista sin violar el principio de autonomía. El consentimiento al que alude Dworkin no es el expreso o el tácito sino el *consentimiento orientado hacia el futuro*<sup>154</sup>.

Podría considerarse, antes de nada, que esta estrategia de Dworkin encierra una situación paradójica, porque, como señala Douglas Husak, «¿Cómo puede consentirse una interferencia? Si uno consiente una intervención paternalista, ¿no sería gracioso caracterizarla como una interferencia? Parecería que una condición necesaria para describir un acto como una interferencia con la libertad del agente es que el agente no la haya consentido»<sup>155</sup>. La paradoja se resuelve, según el propio Husak, si se tiene en cuenta que el consentimiento orientado hacia el futuro que propone Gerald Dworkin se asemeja al *consentimiento hipotético* que se utiliza en los cuasi-contratos. Esta es una situación en que una de las partes no ha manifestado su consentimiento pero está ligada a la otra porque «es razonable creer que el agente habría consentido si la oportunidad de consentir hubiera estado presente»<sup>156</sup>.

<sup>154</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 156.

<sup>155</sup> D.N. HUSAK, "Paternalism and Autonomy", cit., pp. 30-31.

<sup>156</sup> D.N. HUSAK, "Paternalism and Autonomy", cit., p. 31



Así, Gerald Dworkin, trasladando el esquema de los cuasi-contratos y el consentimiento hipotético, logra justificar las interferencias paternalistas mediante el respeto al principio de autonomía. Ciertas medidas paternalistas no suponen una violación de la autonomía porque ésta no se ha formado correctamente y, por lo tanto, «es razonable pensar que el consentimiento se manifestará pronto, cuando la condición temporal que impide al agente consentir desaparezca»<sup>157</sup>. La medida paternalista supone adoptar las decisiones que las personas posiblemente habrían adoptado si hubieran sido plenamente competentes. La temporalidad y la finalidad última de la medida paternalista encajan perfectamente con el esquema que propone Gerald Dworkin porque dicha medida sólo podrá ser aplicada, y sólo estará justificada, durante el tiempo necesario para corregir el proceso de formación de la voluntad, esto es, sólo tiene sentido mientras se mantiene la incompetencia básica. Su objetivo es el de acabar con la situación de incompetencia básica, y una vez que haya logrado dicho objetivo su aplicación debe decaer<sup>158</sup>.

Pensemos en el caso de una médico que debe decidir si realiza una transfusión de sangre salvadora a una persona que, por causa de un accidente, se encuentra en estado inconsciente. La intervención estará justificada, aún sin contar con el consentimiento de esta persona que no es racional, para evitar que se produzca un daño irreversible en un bien primario como es la vida o la integridad física<sup>159</sup>. Esto se debe a que es razonable pensar, existe una buena evidencia o una fuerte presunción de que esa persona, en condiciones normales, habría consentido la interferencia, esto es, habría consentido que se realizase la transfusión. En cambio, no sería razonable la intervención paternalista y no habría una buena evidencia que la justificara si, por ejemplo, la persona que necesita la transfusión de sangre tuviera en su poder un documento que indicase 'por motivos religiosos, en caso de nece-

---

<sup>157</sup> D.N. HUSAK, "Paternalism and Autonomy", cit., pp. 31-32.

<sup>158</sup> T. BEAUCHAMP y J.F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, cit., pp. 266-268, critican la tesis de Dworkin porque «no incorpora un consentimiento real» por lo que «podría justificar probablemente más paternalismo que el que en principio prevén los defensores». La imposición de medidas paternalistas se justifica apelando al bienestar futuro: «No controlamos a los niños porque pensemos que consentirán más tarde o que aprobarían racionalmente nuestras intervenciones. Interferimos porque pensamos que tendrán vidas mejores (o, al menos, de menor riesgo), lo sepan o no». No obstante, posibles consecuencias no deseadas de su postura les lleva a sostener que no puede permitirse que la autonomía se restrinja sustancialmente.

<sup>159</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 159.



alidad clínica, no me hagan ningún tipo de transfusión'<sup>160</sup>. La razonabilidad y la buena evidencia desaparecen porque en ese caso el bien primario que debe protegerse ya no se define sólo como la vida o la integridad física sino como la vida o la integridad física asociada con una determinada religión.

El primer caso propuesto no plantearía ningún problema adicional si el hipotético consentimiento futuro se actualizase, esto es, si se convirtiese en consentimiento expreso. La solución satisfactoria de ese caso, o de otros parecidos, no significa que el esquema que propone Gerald Dworkin no pueda plantear problemas adicionales porque, como señala Husak, «la creencia razonable de que el consentimiento será otorgado por un agente no garantiza que su autonomía no será violada, ya que la autonomía permitiría a un agente elegir hacer lo que otros podían no haber razonablemente esperado»<sup>161</sup>. Si retornamos al primer caso, ¿qué ocurriría si la persona posteriormente no actualiza su consentimiento?; ¿cómo afectaría dicha decisión a la justificación de la interferencia paternalista? Gerald Dworkin no resuelve este problema porque parece que su teoría exige que el consentimiento futu-

---

<sup>160</sup> Este documento es el *Documento de Instrucciones Previas* y tiene como finalidad garantizar que su portador era competente cuando emitió dichas instrucciones, que dichas instrucciones siguen estando vigentes, y deben suponer una barrera infranqueable tanto para el resto de personas como para la Administración pública. Este documento garantiza la autonomía de las personas en los momentos en que se ha perdido la capacidad para manifestarse, ya sea por enfermedad o por fallecimiento. En este documento las personas consignan de forma anticipada su voluntad para que ésta se cumpla cuando se llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sean capaces de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, si se fallece, sobre el destino del cuerpo o de los órganos. Este documento trata de resolver el problema de la relevancia moral y jurídica que tienen las manifestaciones de voluntad previa a un período de incompetencia. Como señalan T. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, cit., p. 123, este tipo de documento garantiza que «la gente pueda seguir conservando el control sobre sus propias vidas, aun en el caso de que se conviertan en incompetentes». Este documento de instrucciones previas permite que el resto de la comunidad conozca las preferencias o el plan de vida de la persona. La necesidad de un documento de este tipo se debe a que, como señala D. THOMPSON, “Poder paternalista”, cit., p. 235, «con frecuencia es difícil saber lo que quiere una persona concreta, aun en los casos individuales donde las partes interactúan personalmente». En todo caso, mantiene una postura pesimista al respecto porque afirma que «las declaraciones previas tal vez no sean relevantes en las actuales circunstancias». Los dos principales problemas que pueden hacer comprender ese pesimismo son, primero, cuál es el procedimiento para que la declaración de voluntad de las personas sea válida y tenida en consideración sin que pueda tergiversarse su sentido; segundo, cuál es el procedimiento para revocar esas manifestaciones de voluntad. Cfr. T. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, *Principios de Ética Médica*, cit., p. 122.

<sup>161</sup> D. N. HUSAK, “Paternalism and Autonomy”, cit., p. 32



ro obligatoriamente debe actualizarse. Una posible solución la ofrece Douglas Husak cuando indica que en la teoría del consentimiento orientado hacia el futuro realmente no importa si se actualiza el consentimiento de forma tácita o expresa, sino que lo verdaderamente importante a la hora de justificar la interferencia paternalista es si era *razonable creer* que se consentiría la interferencia<sup>162</sup>.

La determinación de las situaciones en que un individuo aceptaría la imposición de restricciones paternalistas no es una cuestión resuelta definitivamente sino que puede haber casos problemáticos<sup>163</sup>. Una respuesta apresurada nos pondría en la pendiente que conduce al moralismo legal o al paternalismo injustificado<sup>164</sup>. Joel Feinberg propone la siguiente respuesta: «cuando el comportamiento parezca a todas luces autodañoso y sea de una clase que la mayoría de las personas tranquilas y normales no se involucrarían, entonces hay una base sólida, aunque sólo de tipo estadístico, para inferir lo contrario (...) Hay un tipo de acciones que crean una fuerte *presunción* de que ningún actor, si estuviera en su sano juicio, las escogería»<sup>165</sup>. En todo caso, esta presunción puede ser refutada, por lo que siempre debe construirse de manera objetiva, intentando obtener la mayor cantidad de información posible con el fin de esbozar un esquema lo más completo posible de la persona afectada. En este sentido, Carmen Tomás-Valiente advierte que esta presunción «no puede hacerse en abstracto» sino que deben tenerse en cuenta «las circunstancias que rodean la intervención paternalista» porque son las que van a determinar «la legitimidad de la medida». Entre esas circunstancias destaca «la competencia y racionalidad del individuo, si la interferencia afecta o no a su escala de valores, la gravedad del daño que va a evitarse, el grado de limitación de la libertad, o el uso de coacción que supone la intervención»<sup>166</sup>. En especial, por lo que ahora respecta, hay que estar seguro de conocer los valores de una persona antes de derogar su voluntad porque de lo contrario estaré limitando ilegítimamente su decisión<sup>167</sup>. Hodson señala al respecto que cuanta menor cantidad de información se tenga sobre la persona que

<sup>162</sup> D. N. HUSAK, "Paternalism and Autonomy", cit., pp. 33-34; R. CARTER, "Justifying Paternalism", cit., p. 136.

<sup>163</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 157.

<sup>164</sup> D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health" cit., p. 44.

<sup>165</sup> J. FEINBERG, "Legal Paternalism", cit., p. 113; D.B. WEXLER, "Therapeutic justice", cit., p. 332; R. CARTER, "Justifying Paternalism", cit., p. 137; D. WIKLER, "Persuasion and coercion for health", cit., p. 41.

<sup>166</sup> C. TOMÁS-VALIENTE, "The justification of paternalism", cit., p. 449.

<sup>167</sup> D. LUBAN, "Paternalism and the legal profession", cit., p. 473.

va a ser coaccionada, existirá mayor dificultad para hacer predicciones adecuadas sobre la futura decisión de éste<sup>168</sup>.

Si se dispone de poca información o se desdennan datos, entonces se corre el riesgo de *crear artificialmente* el consentimiento<sup>169</sup>. El segundo caso propuesto sirve para ilustrar esta situación. Si la persona llevase el mencionado documento, es evidente que el personal sanitario no puede razonablemente pensar que el accidentado habría consentido en ese momento o que consentirá en el futuro la transfusión. La persona ya ha manifestado expresamente cual es su opción personal (no quiere ser transfundida), de la cual no puede deducirse o esperar su consentimiento en el futuro, y dicha opción debe ser respetada aunque las consecuencias que conlleva sean graves. Como señala Francisco Laporta, no debe admitirse el establecimiento de medidas paternalistas por el bien de las personas que expresamente niegan el consentimiento o que hay razones o indicios más que suficientes para concluir que va a negarlo<sup>170</sup>. Así, la medida paternalista consistente en realizar la transfusión de sangre no podría justificarse porque no se basa en una deficiencia del proceso de formación de la voluntad sino en el contenido de la decisión que nos parece irracional.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La postura que se defiende en este trabajo supone que no puede manejarse un concepto material de autonomía<sup>171</sup> que niegue competencia a las personas porque sus elecciones sean extrañas o diferentes a las de la ma-

<sup>168</sup> J. HODSON, "The principle of paternalism", cit., p. 66.

<sup>169</sup> J. HODSON, "The principle of paternalism", cit., p. 63. D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 233, señala que otra forma de crear un *consentimiento futuro artificial* se produce cuando la intervención paternalista «puede cambiar a los individuos de tal modo que sus futuras decisiones, aunque no sean deficientes, no se asemejen en absoluto a las que hubieran tomado, de no existir la intervención». E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. p. 164, advierte otro posible peligro: «podría también suceder que aun años después de la intervención paternalista, quien fue objeto de ella no esté dispuesto a aceptarla. En este caso habría que decir que la persona en cuestión debe seguir siendo objeto de atención paternalista porque no comprende la bondad de la medida».

<sup>170</sup> F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, cit. p. 55.

<sup>171</sup> Véase R. H. FALLON, "Two senses of autonomy", *Stanford Law Review*, núm. 46, 1994, pp. 875-905.

yoría. Eso hace que en la inmensa mayoría de las ocasiones deban *reconocerse* las opiniones y decisiones de las personas que conceden importancia a valores que la mayoría de la sociedad puede considerar menos importantes que otros<sup>172</sup>. La existencia de esas ciertas ocasiones hace que desaparezca la presunción racional de que toda persona evitaría un comportamiento autodañoso. Como advierte Dennis Thompson, «la legislación paternalista, aplicada al conjunto de la sociedad, no se ajusta fácilmente a las preferencias expresadas o a los planes de vida de los individuos concretos. Ello conduce a la búsqueda de una teoría del bien, que en la medida de lo posible, invoque solamente valores que puedan aceptar todas las personas racionales»<sup>173</sup>.

Considero, junto con Garzón Valdés, que el concepto de paternalismo que aquí se propone y que se justifica a través de la incompetencia básica de las personas invoca valores que pueden aceptar todas las personas y para ello «fija un límite que algunos podrán considerar demasiado bajo. Sin embargo, me parece que es aconsejable mantenerse en esta línea de mínima y que los casos situados por encima de ella se encuentran en una zona de penumbra en la cual es muy difícil proponer criterios de aplicación universal»<sup>174</sup>. La adopción de otro tipo de paternalismo es incompatible con la defensa de la autonomía personal ya que, en la mayor parte de los casos, pretende la imposición de las medidas jurídico-políticas paternalistas sobre personas competentes o camufla un moralismo trasnochado.

En general, y para concluir, creo que puede afirmarse que los problemas y las cuestiones que plantea el paternalismo son cuestiones y problemas político-jurídicos perennes que deben ir adaptándose a la situación histórica concreta<sup>175</sup>. Si ayer la discusión se centraba en la imposición de obligatoriamente cinturones de seguridad en los automóviles, hoy es la cuestión del consumo de tabaco y mañana será el consumo de las grasas insaturadas.

---

<sup>172</sup> G. DWORKIN, "Paternalismo", cit., p. 157.

<sup>173</sup> D. THOMPSON, "Poder paternalista", cit., p. 235. De ahí que el tipo de paternalismo jurídico que se defiende en estas páginas sólo sea posible en un Estado de Derecho con una ética pública no excluyente que respete la autonomía de las personas.

<sup>174</sup> E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", cit. pp. 169-170.

<sup>175</sup> M. BEVIR, "Are there Perennial Problems in Political Theory?", *Political Studies*, núm. 42, 1994, pp. 662-675.

Para estos problemas u otros similares no cabe encontrar una respuesta que los resuelva definitivamente sino que se trata de cuestiones abiertas al debate y a la reflexión.

MIGUEL A. RAMIRO AVILÉS  
*Área de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid*  
*c/ Madrid 126, 28903 Getafe (Madrid, España)*  
*e-mail: [miguelangel.ramiro@uc3m.es](mailto:miguelangel.ramiro@uc3m.es)*

