

El paternalismo jurídico y su justificación ética en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés

Legal paternalism and its ethical justification
in Ernesto Garzón Valdés philosophy

Le paternalisme juridique et sa justification éthique
d'après la pensée d'Ernesto Garzón Valdés

O paternalismo jurídico e sua justificação ética no
pensamento de Ernesto Garzón Valdés

Helga María Lell*
orcid.org/0000-0001-7703-6341

* Doctora en Derecho (Universidad Austral), Maestranda en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes) y Especialista en Estudios Sociales y Culturales (Universidad Nacional de La Pampa). Investigadora del Conicet (Argentina). Directora del Centro de Investigaciones en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam). Docente de grado y posgrado de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam), colaboradora externa de la Cátedra internacional de Ley Natural y Persona Humana e investigadora del Instituto de Estudios Americanos y Europeos (Facultad de Ciencias Humanas, UNLPam). Nacionalidad Argentina. Institución: Conicet/CICJ (FCEyJ, UNLPam). Dirección postal: Belgrano Norte 731, Santa Rosa, La Pampa, Argentina, CP 6300. Correo electrónico: hlell@ius.austral.edu.ar.

Cómo citar este artículo:

Lell, H. (2018). El paternalismo jurídico y su justificación ética en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 48 (129), pp. 439-458.

Recibido: 13 de abril de 2018.

Aprobado: 20 de junio de 2018.

Resumen

En 1988 se publicó en la revista *Doxa* un artículo de la autoría de Garzón Valdés titulado *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, el cual procura responder dicho interrogante desde una perspectiva conciliatoria entre las posiciones liberales y del Estado social de Derecho. En este marco, el presente artículo retoma la posición del autor, analiza la posibilidad de admitir que algunos tipos de paternalismo jurídico puedan ser éticamente aceptables aun defendiendo una postura liberal y retoma el debate que mantuvo con otros jusfilósofos. Dado que la intención del texto es meramente expositiva, la metodología consiste en la indagación bibliográfica y en la descripción de los aspectos centrales de la obra del autor mencionado.

Palabras clave

Paternalismo jurídico, justificación ética, liberalismo, Estado social de derecho, Garzón Valdés.

Abstract

In 1988, in *Doxa* journal, an article written by Garzón Valdés was published under the title "Is legal paternalism ethically justifiable?" in which the author tries to answer that question from a perspective that harmonizes the liberal point of view with a social State conception. In this context, this article describes the author's idea, analyzes the possibility of admitting certain kinds of legal paternalisms that might be acceptable from an ethical perspective and presents the debate that he had with others legal philosophers. The methodology of the article is a descriptive one based on the reading of Garzón Valdés publications.

Key words

Legal paternalism, ethical justification, liberalism, social State, Garzón Valdés.

Résumé

En 1988, le philosophe Garzón Valdés, dans un article intitulé *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* paru dans la revue *Doxa*, cherche à répondre à cette question (Le paternalisme juridique est-il justifiable du point de vue éthique ?) depuis une perspective conciliatoire entre la position libérale et celle de l'État de droit. Dans ce cadre, il analyse la possibilité d'admettre que quelques types de paternalisme juridique puissent être éthiquement acceptables malgré la défense de préceptes libéraux tout en s'appuyant sur des débats à ce sujet qu'il aurait entretenus avec d'autres philosophes. Étant donné que l'intention de l'article est purement informative, la méthodologie consiste en une recherche bibliographique intensive et en la description des aspects fondamentaux de l'œuvre de cet auteur.

Mots clés

Paternalisme juridique, justification éthique, libéralisme, État social du Droit, Garzón Valdés.

Resumo

Em 1988, o artigo de Garzón Valdés “É eticamente justificável o paternalismo jurídico?” foi publicado na revista *Doxa*. Neste texto, o autor procura responder este interrogante desde uma perspectiva que concilie as posições liberais com o Estado Social de Direito. Neste marco, este artigo retoma a posição do autor, analisa a possibilidade de admitir certos tipos de paternalismo jurídico desde um ponto de vista ético e retoma o debate que manteve com outros filósofos do direito.

A metodologia é expositiva e se concentra na leitura e descrição das obras do Garzón Valdés.

Palavras-chave

Paternalismo jurídico, justificação estica, liberalismo, Estado Social de direito, Garzón Valdés.

Introducción

En 1988 se publicó en la revista *Doxa* un artículo de la autoría de Garzón Valdés titulado *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*¹, el cual, si bien procura como objetivo central responder dicho interrogante, también presenta algunas cuestiones conexas: tipos de intervención sobre las conductas que son semejantes al paternalismo, injerencias en las acciones para evitar daños a terceros y argumentos contra el paternalismo jurídico. Aunque no es una meta explícita de su trabajo, el tratamiento del tópico permite reflexionar acerca de la posibilidad de conciliar la perspectiva liberal con la existencia de un Estado Social de Derecho (Alemany, 2007).

El gran acierto de dicho artículo consiste en la conciliación de perspectivas como la liberal con la legitimación ética de algunos casos de paternalismo jurídico (y otros, por el contrario, son tildados de no éticamente justificables), en brindar un fundamento objetivo para legitimar las medidas paternalistas y, sobre todo, para procurar mantener al mínimo y solo en pos del no perjuicio del afectado la intervención de un tercero en la vida de un sujeto que, a raíz de ciertas circunstancias determinadas con cierto grado de precisión, podría llegar a provocarse un daño.

A pesar de la gran riqueza temática que presenta el debate sobre el paternalismo jurídico y sus consecuencias éticas y políticas, estas páginas se limitarán únicamente al análisis del punto III del artículo de Garzón Valdés, esto es, a aquel que tiende a responder al interrogante que da lugar al título.²

- 1 Ver Garzón Valdés (1988^a). Este artículo fue publicado en el marco de la sección "Sobre el paternalismo", que surge a partir de las Primeras Jornadas sobre Problemas de Filosofía Práctica celebradas en Barcelona en 1987 y que reúne trabajos sobre este tópico de Camps (1988a), Diertelen (1988a), Resta (1988) y de Lucas (1988). Además, Atienza (1988) realiza una síntesis y una crítica de estas perspectivas y cada autor expone su réplica (ver Garzón Valdés, 1988b; Camps, 1988b y Diertelen, 1988b). Por otro lado, cabe destacar que una versión preliminar del trabajo que aquí se comenta fue publicada en *la Revista Latinoamericana de Filosofía* (vol. XIII, n° 3, 1987), editada en Buenos Aires. Finalmente, resta aclarar que existe otra obra de Garzón Valdés en la cual se trata el tópico del paternalismo: *Intervencionismo y paternalismo* (ver Garzón Valdés, 1993).
- 2 El paternalismo es un tema ampliamente tratado en la filosofía política, moral y jurídica. Por tal motivo, aquí no se hará remisiones a bibliografía sobre el tópico. No obstante, en particular, sobre el paternalismo jurídico y un acercamiento entre esto y la teoría de Garzón Valdés, se recomienda la lectura de Alemany (2005 y 2007).

El paternalismo jurídico

En el inicio de su artículo, Garzón Valdés introduce la cuestión que lo motiva a reflexionar sobre el paternalismo jurídico y que, por lo tanto, es la que tiene en mente a la hora de definir este fenómeno. Así, menciona que la reciente aparición del llamado “neoconservadurismo” ha implicado intentos por dismantelar el Estado social por ser una forma moralmente inaceptable de agresión paternalista³ y que es ello, precisamente, lo que conduce a poner en tela de juicio la plausibilidad de justificar éticamente la coacción estatal en casos que van más allá de la intención de evitar el daño a terceros. Se detendrá en esta cuestión brevemente.

Para comenzar a acercarse a la definición de paternalismo, es posible vislumbrar que existe al menos un sujeto (ya sea un individuo o un colectivo como el Estado) que interfiere en las conductas de las personas (sobre ellas, las medidas pueden recaer de manera general o individual). Esta interferencia tiene como objeto evitar algún tipo de daño que el mismo sujeto pudiera llegar a infringirse, es decir, responde a un principio negativo (solo se interviene en casos excepcionales; en los restantes, prevalece la autonomía/libertad del individuo). En este último punto es donde se puede marcar una primera distinción:

1. Por un lado, el interventor (individual o colectivo) procura lograr un mejor estado de cosas evitando que las personas que conviven en una sociedad se lesionen entre sí, es decir, la interferencia tiende a evitar el daño a terceros (por ejemplo, sancionando conductas como el homicidio, lesiones a terceros, violaciones a la propiedad, entre otros).
2. Por el otro, el interventor (individual o colectivo) intenta evitar que una persona se lesione a sí misma, es decir, la interferencia ocurre no para armonizar distintos planes de vida sino que se aplica para corregir uno en particular.

El primero de los casos parece no tener mayor discusión (aunque pueden presentarse muchos puntos para debate, como por ejemplo hasta dónde el interventor puede regular la conducta de los sujetos, cuál es el límite entre resolución de conflictos y expropiación de conflictos de la víctima, entre otros). En cambio, el segundo es el que reviste importancia para el artículo que aquí se comenta.

3 Al respecto, cita expresamente a R. Nozick, autor libertario que critica toda forma de justicia distributiva en su obra *Anarquía, Estado y Utopía*.

Conforme al autor que convoca este estudio, las medidas paternalistas en términos jurídicos son aquellas en las que alguien obliga a otro a hacer o no hacer algo en pos de su propio no perjuicio (o sea, se garantiza que algo no ocurra en contra del obligado). Nadie más que el receptor de la medida paternalista se ve beneficiado o perjudicado.

Garzón Valdés señala que existen otras dos formas de intervención coactiva relacionadas, aunque no idénticas, con el paternalismo jurídico propiamente dicho: cuando el Estado interviene con el propósito de asegurar un beneficio para el destinatario de la medida (beneficio que puede ser físico, psíquico o económico) y el perfeccionismo (que implica la toma de medidas para perfeccionar el carácter de la persona a la que se impone). La diferencia, aunque pequeña, respecto del paternalismo jurídico, radica en que estos dos tipos de intervenciones se guían por una idea de promover activamente el bien (y no la evitación de un daño).

Es relevante resaltar la idea del “no perjuicio” o la “evitación de un daño” ya que allí se introduce una discrepancia con otros autores y también una polémica con Atienza (1988). Este autor español, al referirse a la concepción de Garzón Valdés, menciona en reiteradas ocasiones las palabras “bien” y “beneficio” y desde allí desprende algunas críticas respecto de la subjetividad en las definiciones (por ejemplo, quién decide quién es el que puede perjudicarse, la noción del bien es subjetiva, entre otros). El jurista argentino destaca enfáticamente que su concepción del paternalismo no tiende a provocar ningún bien o beneficio (y, por lo tanto, no hay beneficiados) sino que solo se limita a evitar un daño o perjuicio para aquel sobre el que recae la medida paternalista.

Este último punto, si bien suele ser claramente distinguido, amerita destacar que el mero hecho de evitar un daño implica un beneficio *per se*, es decir, se da un mejor estado de cosas (aquel con intervención) en comparación con otro posible (aquel sin intervención). La diferencia radica en la intención del agente “paternal”: evitar un daño es distinto que elegir un bien distinto a aquel que ha elegido el sujeto destinatario (bien que no lo dañaría). La diferencia puede, en algunas ocasiones, ser muy sutil, y el mayor inconveniente surge a la hora de trazar un límite respecto de si el destinatario de la medida ha elegido un bien que debe ser respetado o un camino auto-lesivo.

En clave de Estado social, ¿cómo se aplica esta idea del paternalismo jurídico? Los ejemplos brindados son la prohibición de la venta de drogas, la imposición

del uso de cinturones de seguridad en los automotores (que evitan o reducen las lesiones o, incluso, la muerte en caso de un accidente), la obligación de hacer aportes jubilatorios (que reducen la posibilidad de no quedar sin sustento tras dejar de trabajar a causa de la edad), las disposiciones sobre la incapacidad jurídica de los débiles mentales, pródigos, alcohólicos o drogadictos (que procuran evitar daños patrimoniales o personales), entre otras.

Como ya puede atisbarse, el paternalismo jurídico implica una opción (en el caso del Estado social, de carácter político) que tiende a proteger a un individuo cuya conducta pueda producir un daño para sí mismo únicamente.

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

- a. El individuo destinatario de la medida paternalista no la consiente, es más, es posible que la rechace en el momento de su aplicación (aunque puede reconocer su bondad con posterioridad).
- b. La decisión paternalista es tomada por un sujeto distinto al receptor y que se encuentra en mejores condiciones para detectar qué es lo menos lesivo para el destinatario. Es necesario destacar que este interventor actúa para evitar que el sujeto se dañe, pero no debe generar un modo de vida virtuosa ya que esta fina diferencia (a veces, casi imposible de establecer) es la que separa al paternalismo jurídico del perfeccionismo.

En otro orden de ideas, aparece otro inconveniente a sortear: la función moralizante que puede cumplir el orden jurídico al momento de determinar qué es un daño o cuál es el mejor estado de cosas. Este problema representa una mayor dificultad para su resolución y el mismo Garzón Valdés señala que debe dejar de lado provisoriamente la cuestión del “moralismo jurídico” y esboza algunas líneas en adhesión a una moral positiva definida desde el punto de vista interno⁴.

No obstante, el rol de la moral no es menor y tampoco fácilmente separable, ya que es parte del fundamento de por qué alguien puede intervenir o no sobre la vida de un sujeto. Para aportar claridad, se retoma el punto b) de las características del paternalismo jurídico, esto es, la existencia de un interventor que, en pos de evitar un perjuicio al destinatario a partir de evitar un daño, toma decisiones y que se encuentra en mejores condiciones para ello. Estas

4 Sobre el punto de vista interno, ver Hart (1961).

notas dan lugar a dos preguntas que son centrales: ¿por qué alguien tiene el derecho (o, incluso, el deber) de intervenir en la vida de otro y este otro tiene el deber de acatar?, ¿por qué alguien está en mejores condiciones que otra persona (y, de hecho, mejor que el receptor de las medidas paternalistas) para decidir sobre la vida del destinatario de las medidas?

Finalmente, cabe destacar que Garzón Valdés se refiere al paternalismo jurídico, es decir, a un tipo especial dentro del género, caracterizado por interferir en la conducta de los individuos a partir de brindar el carácter de obligado, permitido o prohibido a una acción por la imputación de una sanción⁵. No obstante, Atienza (1988) señala que a raíz de los ejemplos que se brindan a lo largo del artículo comentado, el autor argentino no siempre haría referencia al paternalismo jurídico sino que también tendría en mente otros tipos.

La justificación ética

El paternalismo jurídico, para Garzón Valdés, es éticamente justificable cuando se dan los siguientes supuestos:

1. La persona sobre la que recae la medida paternalista no tiene la competencia básica para consentir.
2. Su conducta implica/implicaría un daño para sí mismo.
3. Quien toma la medida paternalista lo hace para evitar un perjuicio al otro y, por lo tanto, desde una posición de superioridad –característica que estaría controvertida–, procura igualar a quien se encuentra en desventaja. Nuevamente, hay que destacar que este no perjuicio implica evitar un daño y no el desarrollo de una virtud o la consecución de un bien.

Estos requisitos conducen a reflexionar sobre algunas consideraciones. La primera de ellas es el consentimiento como tópico, ya que este es fundamental para poder erradicar la ilegitimidad del paternalismo cuando este no es éticamente justificable o bien para brindar la base para dicha justificación en

5 Atienza (1988) señala que el carácter de coactivo del paternalismo jurídico se ve claramente en los casos de las obligaciones y de las prohibiciones, pero no en las permisiones. A ello replica Garzón Valdés (1988b) que no existe ninguna razón para señalar que estos últimos casos puedan ser conflictivos, aunque no brinda mayores argumentos para rebatir la ausencia de la fuerza respaldatoria de la intervención ya que, en estos casos, el sujeto queda habilitado para escoger.

términos éticos. En cuanto al consentimiento, en primer lugar cabe discutir cuáles son los requisitos para considerarlo válido. En segundo término, hay que destacar la relevancia de la discusión sobre el consentimiento en materia de paternalismo, dado que cuando se da uno, el otro desaparece y viceversa, es decir, la coexistencia efectiva de ambos es incompatible. Finalmente, cabe traer a colación qué ocurre, en términos democráticos representativos, cuando se asume que alguien, aunque rechace una medida, podría (si fuera más racional) aceptarla, esto es, un paternalismo que aspira hipotéticamente a no serlo.

El segundo tópico es el fundamento para la intervención paternalista. Si bien para Garzón Valdés la injerencia de terceros sobre la vida de un sujeto debe reducirse al mínimo posible, el fundamento para ello es lo que puede determinar la extensión del contenido para esta injerencia. De allí que existe una necesidad de poder determinar dónde radica la barrera del mínimo necesario, qué es la evitación de un daño y cuándo faltan las competencias básicas.

El consentimiento y las competencias básicas

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

Lo segundo a considerar en materia de legitimidad de la intervención paternalista es que el sujeto no tiene las competencias necesarias para, efectivamente, tomar la decisión de manera adecuada (lo cual, claramente, viciaría la voluntad y convertiría al acto en no derivado de la plena autonomía del individuo). El consentimiento, para ser válido, debe ser otorgado por un sujeto que debe ser plenamente competente para decidir.

Aquí es donde aparece algo relevante para destacar, dado que si el sujeto no tiene las competencias para resolver en pos de su propio bien o de su menor perjuicio, entonces tampoco podría hacerlo en pos de su propio mal. Es decir,

no puede voluntariamente dañarse porque a raíz de su incompetencia básica no comprende cuál es la mejor o peor decisión en términos de auto-lesividad. Dicho de otra manera, si no puede consentir la medida paternalista es porque carece de las competencias básicas para comprender qué es lo menos lesivo y, *contrario sensu*, tampoco lo que es peor. Por lo tanto, esta primera visión del consentimiento erradica la posibilidad de un daño cometido de manera voluntaria por falta de competencias. La voluntad está viciada en ambas direcciones. En cierta forma, lo trágico de este aspecto es que el paternalismo jurídico siempre reduciría al sujeto receptor de la medida a la condición de objeto desprovisto de voluntad.

Hasta aquí se ha mencionado en reiteradas ocasiones la noción de “competencias básicas” pero no se ha expuesto a qué se hace referencia mediante dicho concepto. Garzón Valdés menciona que la idea de consentimiento futuro o hipotético implica que el sujeto sobre el que recae la medida paternalista no está en condiciones de comprender el alcance de ella. En ese marco, competencia es:

La capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta. Como existen distintos ámbitos de desafíos o problemas, puede también decirse que la competencia de una persona es siempre relativa al contexto de que se trata. (Garzón Valdés, 1988, p. 165).

En cuanto al calificativo de “básica”, menciona el autor que se refiere a aquellas disposiciones que hacen a cuestiones de la vida cotidiana como la celebración de contratos simples, la comprensión de las disposiciones del Código Penal, entre otros. Ello, en contraste con otras ocasiones en las que se requiere una competencia más amplia y que el propio sistema lo establece, como es el caso de la representación letrada para actuar en un juicio.

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

- a. Cuando el destinatario de la medida ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (por ejemplo, el desconocimiento de los efectos de ciertas drogas).

- b. Cuando la fuerza de voluntad del destinatario de la medida es tan reducida que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (por ejemplo, el caso de un drogadicto o, en el famoso caso literario, cuando Ulises solicita a sus marineros que lo desaten ante el canto de las sirenas).
- c. Cuando las facultades mentales del destinatario están temporal o permanentemente reducidas (por ejemplo, los casos que habilitan la curatela).
- d. Cuando el sujeto receptor de la medida actúa bajo compulsión (por ejemplo, por encontrarse amenazado o bajo el efecto de una hipnosis).
- e. Cuando una persona se encuentra en uno de estos supuestos, entonces es un incompetente básico. Este es un elemento necesario, pero no suficiente, para legitimar en términos éticos el paternalismo jurídico. No obstante, antes de avanzar sobre el restante elemento, se hará referencia brevemente al consentimiento.

Cuándo y cómo consentir

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

También se mencionó que existiría la posibilidad de un consentimiento futuro, esto es, que luego de aplicada la medida paternalista, el sujeto reconozca la bondad de ella y, por lo tanto, la consienta con posterioridad. Como el propio autor señala, esto tiene dos problemas:

- 1. El primero de ellos es qué pasa si, luego de aplicada la medida paternalista, el sujeto receptor no consiente respecto de ella ya que no reconoce su bondad. En ese caso, podría argüirse que aún no se encuentra en condiciones de valorar adecuadamente el bien provocado y que, por lo tanto, el proceso paternalista debe continuar. Este círculo vicioso es extremadamente peligroso ya que tiende a soslayar toda posible autonomía individual y perpetúa los criterios paternalistas.
- 2. El segundo peligro radica en que el mismo proceso paternalista podría producir la capacidad moldeada para consentir la medida. Por lo tanto, el proceso acaba por ser autorreferencial y recae sobre el individuo, no solo como un fin sino también como un medio.

A estas dos, habría que agregar otras cuestiones:

1. La primera es si es posible brindar un consentimiento de manera tardía, en tanto no se encontrarían algunas características propias del consentimiento *per se* (por ejemplo, no existe la posibilidad de revocarlo, la información adecuada es irrelevante, la libertad no tiene rol alguno ya que al sujeto solo le cabe asentir ya que, en caso de no prestar conformidad, no cambiaría el curso de las cosas pasado, entre otros).
2. Lo segundo es la posibilidad de que este tipo de consentimiento se dé de manera tácita o si necesariamente debe darse de forma expresa.

En relación con lo comentado, cabe traer a colación el análisis efectuado por otro jurista argentino: Carlos S. Nino (1987). Este autor comenta que la imposición a un individuo de un deber, carga o sacrificio beneficioso socialmente está *prima facie* justificada si es consentida por aquel en forma libre y consciente. No obstante, la expresión del consentimiento no necesariamente debe darse a partir de un acto lingüístico performativo (por ejemplo, “Sí, consiento” o suscribir un documento). Asimismo, consentir un acto implica aceptar las consecuencias del acto voluntario y, justamente, el consentimiento tácito se expresa a través de la realización del acto.

Para que este consentimiento tácito realmente sea válido, es necesario que el sujeto que realiza un acto conozca la consecuencia normativa posible. Para que la consecuencia se considere aceptada, no es necesario que acaezca (por ejemplo, si un sujeto pacta una locación y luego no paga el precio, el deber de pagar subsiste aún a pesar de su negativa) sino tan solo que sea previsible para el agente: “Él debe prever esa consecuencia como un efecto necesario de su acto (o estar dispuesto a actuar lo mismo en el caso en que lo previera como necesario) y no necesariamente como un efecto meramente posible” (Nino, 1987, p. 156).

Asimismo, un requisito fundamental que agrega Nino (1987) y que no suele ser subrayado por otros autores, es que para que haya consentimiento libre, la comisión del acto que acarrea la pena no solo debe ser voluntario sino que también debe darse la condición de que la omisión de ese mismo acto no acarree consecuencias que solo puedan justificarse sobre la base del consentimiento del agente. De lo contrario, la conducta del individuo siempre derivaría en el consentimiento de cargas y obligaciones.

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

De acuerdo a lo antedicho, podría pensarse fácilmente que es posible brindar un consentimiento tácito. Ahora bien, en este caso, es imposible que pueda ser dado con posterioridad a la aplicación de la medida ya que este solo podría darse a partir de la conducta.

En cuanto al caso del consentimiento expreso, este podría darse luego de aplicada la medida. La pregunta es si realmente actúa como consentimiento o es en realidad una ficción. En tal sentido, pareciera que se dan dos de los requisitos propuestos por Nino (1987) (un sujeto que voluntariamente y con la información adecuada consiente algo) pero el tercero no se da (que exista una alternativa). Esta carencia resaltada en último término ya no tiene que ver con la sanción de la acción y de la omisión, sino que, en realidad, la carencia de una opción verdadera se da en el plano fáctico ya que el sujeto sobre el que ha recaído la medida, aún si no brinda su consentimiento, no puede cambiar el pasado.

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

Por los motivos antedichos, se puede sostener que la denominación de consentimiento futuro no es adecuada y solo cabe la de consentimiento hipotético. Esta última propuesta, si bien pareciera ser más representativa del fenómeno, ya por su propio significado muestra su mayor problema: se fundamenta en un consentimiento que no está pero que se supone que se daría.

En relación con lo antedicho, Isaiah Berlin (1974) ha señalado que la libertad positiva implica la potestad de ser el propio amo, el deseo de que la vida y las decisiones dependan del propio sujeto y no de una fuerza externa. No obstante, en múltiples ocasiones políticas se suelen legitimar medidas invocando que si el sujeto destinatario fuera más racional o ilustrado haría

esa opción, que el yo empírico es distinto del yo racional y que por cuestiones emocionales o pasionales predomina el segundo, entre otros.

Esto me facilita concebirme a mí mismo como forzador de los demás por su propio bien, y no por mi interés. Entonces estaré pretendiendo saber mejor que ellos mismos lo que verdaderamente necesitan. Lo que esto implica, a lo sumo, es que no me resistirían si fuesen racionales y tan sensatos como yo, y entendiesen sus intereses como lo hago yo. Pero luego puedo pasar a pretender mucho más que esto. Puedo declarar que en realidad persiguen lo que en su estado de ofuscamiento resisten conscientemente, porque existe dentro de ellos una entidad oculta –su voluntad racional latente o su propósito «verdadero»– y que esta entidad, aunque negada por todo lo que ellos sienten, hacen y dicen abiertamente es su yo «real», del que puede saber poco o nada el pobre yo empírico del espacio y el tiempo (...). (Berlin, 1974, p. 231)

El fundamento del paternalismo jurídico

Anteriormente, se ha mencionado que la carencia de las competencias básicas es un elemento necesario pero no suficiente para justificar éticamente al paternalismo jurídico. Lo anterior en tanto existe una segunda nota que debe darse: la intervención debe ser en pos de evitar un perjuicio para el sujeto sobre el que recae la medida.

Garzón Valdés señala que el paternalismo éticamente justificable requiere un interés benevolente para superar los inconvenientes que aparece la incompetencia básica y, así, evitar el posible auto-daño por parte del sujeto destinatario. Si este interés benevolente no está presente, entonces se instrumentaliza al incompetente básico. No obstante, como he mencionado antes, el hecho de que el sujeto no pueda decidir adecuadamente implica que no pueda consentir ni rechazar válidamente la medida. Esto provoca que, con mejores o peores intenciones, el sujeto receptor sea un objeto de la medida paternalista. La clave para legitimar la medida, no es la no instrumentalización sino más bien la buena intención del decisor.

Lo anterior presupone una superioridad por parte del sujeto interventor que es competente para tomar una decisión no lesiva para el sujeto receptor y por lo tanto se parte de una relación de desigualdad. Señala al respecto el autor:

Pero el propósito de la medida paternalista justificable es justamente la superación de la desigualdad (...). Precisamente porque el paternalismo justificable apunta a la superación de una desigualdad resultado de una incompetencia básica, podía decir Rousseau (1964, III, 182) que la autoridad paternal «toma más en cuenta la ventaja del que obedece que la utilidad del que ordena». Fotion (1979) parece haber recogido esta idea con su sugerencia de la «implicación completa» aplicada al modelo paternalista, es decir, que quien actúa paternalistamente (sea que se trate de un individuo, de una institución o del Estado) tiene que hacerlo no sólo por ser más sabio o estar mejor informado sino guiado por el interés de la persona a quien se dirige su tratamiento paternalista (1979, 197) (Garzón Valdés, 1988, p. 168).

Si bien para Garzón Valdés no siempre se daría la relación de superioridad, es decir, esta sería una circunstancia contingente en relación con el paternalismo, Atienza (1988) destaca que, muy por el contrario, en todos los casos hay, al menos, una subordinación. Para justificar aquello, analiza los ejemplos brindados en el artículo. El primero, la paridad de posiciones podría darse si el sujeto destinatario consiente la medida con anterioridad (el caso de Odiseo cuando le pide a los marineros que no lo desaten frente al canto de las sirenas) pero, si hay consentimiento, entonces, no hay paternalismo. El segundo caso es el de la pareja de golosos: cuando mutuamente dos personas deciden ayudarse a no ingerir dulces en pos de perder peso, es decir, hacen una dieta conjunta. Allí el filósofo español destaca que no existe una paridad sino dos relaciones de supra y subordinación recíprocas.

En otro orden de ideas, resulta interesante que una de las citas introducidas por Garzón Valdés sea de Rawls y que lo haga para señalar que las personas en la posición original siempre intentarán asegurarse en contra de los perjuicios que podría provocar algún tipo de defecto propio. La relevancia de la apelación a este autor resulta precisamente de la indagación por la relación de la desigualdad y la benevolencia que inspira la medida paternalista, por un lado, con el fundamento de dicha intervención paternalista. Esto es, ¿por qué alguien tiene la potestad de decidir por otro lo que es mejor para él?

El componente fáctico (la existencia de una incompetencia básica) y el normativo (la benevolencia en pos de superar la desigualdad) son requisitos para que se dé la justificación en términos éticos. Pareciera que también cumplen el rol de ser el fundamento de la intervención, pero no logran explicar por qué 1) alguien debe procurar la superación de la desigualdad y 2) bajo qué parámetros evaluar qué es un daño y qué no lo es. Como el mismo autor

señala: “el concepto de «daño»” es un concepto con carga moral que presupone la determinación previa de lo que debe ser considerado como valioso y digno de protección. Todo sistema jurídico es en este sentido expresión de la moral positiva o «mores» de quienes adoptan frente a él lo que Hart ha llamado «punto de vista interno»” (Garzón Valdés, 1988:, p. 171).

Entonces, ¿por qué existe el deber para algunas personas de cuidar de otras y por qué algunos sujetos deben soportar que otros tomen decisiones por ellos mismos? Este interrogante permanece abierto, aunque podría atisbarse, a partir de la remisión a Rawls, que el fundamento apunta a cierto “contrato social” cuyo presupuesto es cierta concepción antropológica de los sujetos que participan en él (autointeresados, racionales, que desconocen cómo serán en la sociedad futura y movidos por la aversión al riesgo). Dado que cualquiera puede caer en una posición desventajada por sus propias circunstancias personales, todos estarán dispuestos a conceder mejores tratos a quienes luego, efectivamente, ocupen dichas posiciones. A partir de allí, Rawls deriva los dos principios de justicia: el de libertad y el de igualdad (que incluye el subprincipio de la diferencia). Precisamente, el subprincipio de la diferencia ha sido el que ha provocado los mayores embates, entre ellos, el del neoconservadurismo (con Nozick a la cabeza)⁶.

Si se piensa en la responsabilidad de los más aventajados por sobre los menos aventajados (incompetentes básicos) para decidir por ellos la conducta menos lesiva, podría recurrirse a la teoría de la reciprocidad de las obligaciones morales. Al respecto, Hart ha señalado que los derechos especiales encuentran su origen en distintas fuentes, como por ejemplo las promesas, el consentimiento otorgado a otro para que interfiera en la propia vida o una relación natural especial (por ejemplo entre padres e hijos). Además de estos casos, Hart menciona otro, que es el que interesa en este trabajo. Este es el de la mutualidad de las restricciones. ¿En qué consiste? En palabras del filósofo del derecho:

(...) Cuando un grupo de personas dirigen una empresa conjunta según un determinado reglamento, y restringen por tanto su propia libertad, los que se han sometido a tales restricciones cuando así se les exigió tienen derecho a un sometimiento similar de parte de quienes se han beneficiado con su sumisión. (Hart, 1990, pp. 54-55)

6 Las críticas de Nozick al principio de la diferencia rawlsiano son múltiples por lo que aquí no se desarrollan. Para ampliar, se recomienda consultar la obra de este autor (Nozick, 1988).

En síntesis, para el profesor de Oxford, en un esquema social de cooperación (es decir, el mismo punto de partida que tiene Rawls), las personas tienen el deber moral de realizar una acción determinada cuando han sido beneficiadas por los esfuerzos relacionados con el mantenimiento de dicho esquema. Sobre esta postura hartiana, Nozick también realiza un conjunto de críticas, entre las cuales se destaca la no existencia de un consentimiento.

Este principio sostiene que cuando un número de personas se lanza en una aventura justa, mutuamente ventajosa y solidaria, de conformidad con ciertas reglas y, de esta manera, restringen su libertad en formas necesarias para producir ventajas para todos, aquellos que se han sometido a tales restricciones tienen el derecho a una aceptación similar de parte de aquellos que se han beneficiado de su sometimiento. De conformidad con este principio, la aceptación de beneficios (aun cuando esto no es otorgar consentimiento expreso o tácito para cooperar) es suficiente para obligarse. (Nozick, 1988, pp. 95-96)

Como puede notarse aquí, Garzón Valdés llega al mismo punto de partida: es necesario repensar el Estado social de derecho y la legitimidad ética del paternalismo jurídico ante los embates del neoconservadurismo, pero no brinda argumentos para salir de este círculo vicioso. Si bien puede vislumbrarse que considera la existencia de un deber moral de asistir a quienes se encuentran en una situación contextual de incompetencia básica, no se explicita que este sea el fundamento que dé preferencia al Estado social de derecho por sobre un esquema libertario o, al menos, plenamente liberal. Más bien, esta circunstancia opera como un punto de partida que dista de ser reprochable o criticable. Por el contrario, más bien, constituye una invitación a profundizar en su obra y a retomar y continuar su obra.

Conclusiones

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

competentes, aunque reduce de manera extrema el protagonismo del sujeto afectado por la decisión.

No obstante, esto no resuelve algunos inconvenientes, como por ejemplo que este planteo parte de un objetivismo moral, es decir, de que exista al menos un grupo de personas que puedan conocer lo “bueno” o lo menos lesivo para los individuos que carecen de las competencias básicas. Tampoco brinda pautas para determinar cuándo un sujeto está en mejores condiciones para detectar lo conveniente para otra persona que la propia afectada (es decir, se sabe cuándo alguien es un incompetente básico, pero no existen parámetros objetivos para delegar la potestad decisoria en la persona más competente).

Finalmente, se asume que los decisores manipularán la decisión en beneficio/evitación de un perjuicio de los individuos, pero no existirían mecanismos de control de que ello efectivamente sea así. Esta ética presupuesta en el comportamiento de los sujetos decisores puede ser contrariada, a modo de ejemplo, por una fuerte inclinación hacia el paternalismo más que hacia la autonomía de los sujetos o, simplemente, por sujetos egoístas que aprovechen la situación en su propio beneficio y no en la del destinatario de la decisión⁷ (en ese caso, al menos, en relación con el interrogante que abre el artículo de Garzón Valdés, se puede afirmar que no existe una justificación ética para el paternalismo jurídico).

Gran parte de estos escollos son sorteados por Garzón Valdés, quien sostiene un criterio objetivo y mínimo para determinar en qué casos fácticos es justificable en términos éticos una medida paternalista (en los casos en los que existe una incompetencia básica, entendida esta como una de aquellas que se contemplan en los casos mencionados antes, y cuando el agente interventor lo hace para evitar un perjuicio para el destinatario y para mitigar una desigualdad).

Sin embargo, lo dicho presenta dos ejes para la reflexión: el primero de ellos es el de la legitimación ética del Estado social de derecho, materia a la cual se ha abocado Garzón Valdés y en donde se han sentado claramente las bases para ello; el segundo, es el desafío para los académicos y consiste en presentar los argumentos por los cuales el Estado social de derecho sería la forma política éticamente preferente por sobre otra. Precisamente, esta tarea es ardua y quizás nunca logre consensos unánimes; empero, la riqueza de ella

7 Por ejemplo, Buchanan (1982) plantea que los políticos no son ángeles sino que muchas veces se mueven por incentivos que los alejan del bien común.

reside en el diálogo y el debate. A partir de allí es que la obra de Garzón Valdés constituye una invitación para la producción académica en este sentido. ■

Referencias bibliográficas

- Aleman, M. (2005). El concepto y la justificación del paternalismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, pp. 266-303.
- Aleman, M. (2007). Breve nota sobre la idea de «paternalismo» en la obra de Ernesto Garzón Valdés. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, pp. 35-38.
- Atienza, M. (1988). Discutamos sobre paternalismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 203-214.
- Berlin, I. (1974). Dos conceptos de la libertad. En A. Quinton (Ed.). *Filosofía política* (pp. 216-233). México: FCE.
- Buchanan, James M. (1982). Democracia limitada o ilimitada. *Estudios Públicos*, 6, pp. 37-51.
- Camps, V. (1988a). Paternalismo y bien común. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 195-202.
- Camps, V. (1988b). Sigamos discutiendo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 223-225.
- De Lucas, J. (1988). Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la Antigüedad Clásica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 243-249.
- Diertelen, P. (1988a). Paternalismo y Estado de Bienestar. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 175-194.
- Diertelen, P. (1988b). Respuesta a M. Atienza. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 221-222.
- Garzón Valdés, E. (1988a). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 155-173.
- Garzón Valdés, E. (1988b). Sigamos discutiendo sobre el paternalismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 215-219.
- Garzón Valdés, E. (1993). Intervencionismo y paternalismo. Derecho, ética y política. Madrid: CEC.
- Hart, HLA (1961). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hart, HLA (1990) ¿Existen los derechos naturales? *Estudios Públicos*, 37, pp. 45-61.

Nino, C.S. (1987). *Ética y Derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.

Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Resta, E. (1988). Metáfora del contrato. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 227-242.