

John Stuart Mill y la cuestión sobre el paternalismo*

John Stuart Mill and the paternalism issue

Leandro Cornejo Amoretti**

Resumen:

La presente investigación estudia el pensamiento de John Stuart Mill y su posición alrededor de la justificación del paternalismo, tomando en consideración el principio de daño elaborado en su obra "Sobre la libertad". Dos son los objetivos de este trabajo. En primer lugar, se analizarán las tesis anti-paternalistas sostenidas por este autor para identificar sus deficiencias y limitaciones. En segundo lugar, se busca determinar hasta qué punto dichas tesis realmente se opusieron a dichas intervenciones, para verificar la exactitud de aquella creencia algo extendida que considera a Mill como un fuerte opositor del paternalismo.

Se concluye que los defectos de las tesis de Mill se explican en buena cuenta debido a un exceso de optimismo en las capacidades de los seres humanos para la auto-regulación, un fuerte escepticismo sobre la capacidad del Estado para lograr medidas paternalistas efectivas, el otorgamiento de un peso excesivamente fuerte e irrealista a la autonomía individual, entre otras consideraciones erróneas. Asimismo se concluye que no es correcto afirmar que John Stuart Mill haya sostenido una tesis anti-paternalista sumamente amplia o casi absoluta. Si bien su famoso principio de daño permite excluir de validez a muchas medidas de dicha naturaleza, una revisión más detallada de toda su obra permite mostrar que Mill admitió la validez de muchas intervenciones en adultos.

Abstract:

The present investigations study the John Stuart Mill thinking and his position towards paternalism justification, taking into account the harm principle elaborated in his book "On Liberty". Two are the objectives of this paper. In first place, the anti - paternalist thesis sustained by this autor will be analyzed to identify deficiencies and limitations. In second place, it is sought to determine to what extent they actually opposed such interventions, to verify the accuracy of that somewhat extended belief that sees Mill a strong opponent of paternalism.

It is concluded that the defects of Mill's theses are explained in good account due to an excess of optimism in the capacities of human beings for self-regulation, a strong skepticism about the capacity of the State to achieve effective paternalistic measures, granting From an excessively strong and unrealistic weight to individual autonomy, among other erroneous considerations. It is also concluded that it is not correct to

* El presente trabajo forma parte ("Leandro Cornejo, "Paternalismo y protección de la salud: el paternalismo en salud pública" (tesis de licenciatura en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016), 12-26) de una investigación más amplia sobre el debate alrededor del paternalismo y su aplicación a problemas de salud pública. Hay importantes y sustanciales variaciones en los análisis y conclusiones efectuadas aquí en comparación con el trabajo anterior.

** Abogado y candidato a magister en Desarrollo humano: enfoque y políticas por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de docencia en el curso de Argumentación Jurídica y en el Seminario de Integración en Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la PUCP. Tutor de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Escuela de Posgrado de la PUCP.

say that John Stuart Mill has maintained an extremely broad or almost absolute anti-paternalistic thesis. Although his famous principle of harm makes it impossible to validate many measures of this nature, a more detailed review of his entire work shows that Mill admitted the validity of many interventions in adults.

Palabras clave:

Paternalismo - John Stuart Mill - libertad - autonomía - principio de daño

Keywords:

Paternalism - John Stuart Mill - liberty - autonomy - harm principle

Sumario:

1. Introducción - 2. John Stuart Mill, el principio de daño y el paternalismo - 3. Dos líneas de argumentación contra el paternalismo - 4. Primera línea de defensa contra el paternalismo: el consecuencialismo anti-paternalista - 5. Segunda línea de defensa contra el paternalismo: el valor intrínseco de la autonomía - 6. Los límites y deficiencias del anti-paternalismo de Mill - 7. Sobre la libertad y las excepciones paternalistas al principio de daño - 8. Libertad como licencia y como independencia - 9. La diversidad de excepciones en la obra de Mill - 10. Conclusiones - 11. Bibliografía

1. Introducción

El paternalismo es una de las medidas menos apreciadas en la discusión sobre las diversas formas de intervenciones estatales sobre los individuos. El término mismo suele ser usado en forma despectiva tanto en el lenguaje académico como popular. Parafraseando a Joel Feinberg, uno de los primeros y más importantes teóricos que ha analizado esta clase de intervenciones, usualmente empleamos el término para acusar a las personas de ser "paternalistas"¹. El término produce en muchos un rechazo frontal, debido a que es asociado a la relación padre-hijo. Se suele afirmar que cuando el gobierno actúa de forma paternalista sobre los adultos está tratándolos como si fueran niños².

En la historia del pensamiento liberal, se considera que el más importante rechazo al paternalismo puede rastrearse en el siglo XIX, a través del pensamiento de John Stuart Mill. Según su principio de daño, uno de los principios más firmes y de consenso prácticamente unánime dentro de todos aquellos que abrazan el liberalismo, "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"³. Pese a que su obra haya sido desarrollada hace ya más de un siglo, su principio sigue siendo considerado un referente del pensamiento liberal anti-paternalista, y ha sido el foco de análisis o de mención de gran parte de los autores que abordan este tema desde la filosofía moral y jurídica.

Si bien ello ha dado una continuidad histórica al debate, también ha contribuido a crear ciertas confusiones que hoy en día perduran. Un ejemplo de ello es la expansión en la literatura aplicada de una definición restrictiva y no plenamente adecuada para explicar el fenómeno del paternalismo⁴, definida en términos de interferencias coactivas (o coercitivas) sobre la libertad del sujeto beneficiario, pese a existir muchos ejemplos de estas intervenciones que no poseen ninguna de estas características. Por otro lado, la confusión también ha servido para complicar algo más la discusión sobre la justificación de esta clase de intervenciones. Existe una gran variedad de propuestas sobre cómo justificar una

1 Joel Feinberg, *Harm to self (The Moral Limits of the Criminal Law)* (New York: Oxford University Press, 1986), 4.
2 Sarah Conly, *Against autonomy. Justifying Coercive Paternalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 11.
3 John Stuart Mill, *Sobre la libertad* (Madrid: Alianza Editorial, 2009a), 68.
4 Gerald Dworkin, "Paternalism" en *Paternalism* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983a).
Pablo De Lora, "Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces" *Enrohar* 40/41 (2008).

medida específica⁵. Y aunque hay un camino aproximadamente similar, aún no se puede considerar que exista un acuerdo amplio y firme alrededor de este tema.

Una forma de aportar en el esclarecimiento sobre el debate alrededor del paternalismo es mostrar de forma bastante precisa y sistemática las tesis que Mill sostuvo alrededor de estas intervenciones. En tanto dicho autor es un referente para el pensamiento jurídico actual, un ejercicio saludable para mejorar dicha discusión es explorar hasta qué punto reconoció la validez de dichas intervenciones sobre los individuos, especialmente cuando se trata de medidas formuladas por los gobiernos. Esto también es relevante dado que se cree que John Stuart Mill se ubica, al menos para el caso de personas adultas, en una posición fuertemente anti-paternalista⁶. Como se ha mencionado ya, Mill suele ser introducido como un firme opositor a estas intervenciones. El principio de daño, a juicio de estas interpretaciones, excluye de justificación prácticamente toda clase de medidas de este tipo sobre personas adultas. Determinar hasta qué punto esto es cierto es uno de los objetivos de esta investigación.

También es importante estudiar la posición que Mill tuvo alrededor del paternalismo porque es importante determinar hasta qué punto se encuentra en lo correcto. Nuevos hallazgos obtenidos desde la psicología y la neurociencia sobre cómo los seres humanos forman sus preferencias y toman decisiones, así como avances en la filosofía moral y jurídica permiten mostrar las deficiencias y consideraciones que dicho autor omitió en su estudio sobre la legitimidad de estas intervenciones, que se extienden a las principales tesis contra el paternalismo que han sido desarrolladas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico contemporáneo.

Antes de entrar al análisis de la posición de Mill alrededor del paternalismo será necesario ofrecer una definición de esta clase de medidas. Lamentablemente, la discusión es todavía un debate sobre su definición y es posiblemente uno de los más importantes retos para cualquiera que intente hacer un estudio desde la filosofía jurídica. Pese a que se ha desarrollado una importante cantidad de literatura sobre el tema en los últimos años, existe una diversidad considerable de definiciones y mucho desacuerdo alrededor de ello. En un

5 Macario Alemany, "El concepto y la justificación del paternalismo" (tesis de doctorado en Derecho, Universidad de Alicante, 2005a).

Richard Thaler y Cass Sunstein, "Libertarian paternalism" *The American Economic Review* 2 (2003).

Tom Beauchamp y James Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 7a ed. (New York: Oxford University Press, 2013).

Conly, *Against autonomy. Justifying Coercive Paternalism*.

Julian Le Grand y Bill New, *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?* (Princeton: Princeton University Press, 2015).

6 Dentro del liberalismo existen dos posturas generales sobre esta clase de medidas: el anti-paternalismo y el pro-paternalismo (Ivar Hannikainen, "Autonomía, libertad y bienestar sobre la justificación del paternalismo legal", *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas* (2007-09): 41). Ninguna de estas posturas rechaza totalmente estas intervenciones en niños o en personas con graves discapacidades mentales, no obstante sí muestran muchas variaciones en el caso de intervenciones en personas adultas capaces. Según la primera, el paternalismo es injustificado. Ésta a su vez puede dividirse en anti-paternalismo fuerte y débil. La versión fuerte sostiene que prácticamente o casi nunca se justifica (Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad* (Madrid: Unión Editorial, 1991); Gregory Mitchell, "Libertarian paternalism is an oxymoron", *Northwestern University Law Review*, Vol. 99, N° 3 (2005); Vipin Veetil, "Libertarian paternalism is an oxymoron: an essay in defense of liberty", *European Journal of Law and Economics*. 31 (2011); Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2012)) mientras que la versión débil sostendría que en la mayoría de casos no se justifica (Joel Feinberg, "Legal Paternalism", en *Paternalism*, ed. Rolf Sartorius (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983); Feinberg, *Harm to self (The Moral Limits of the Criminal Law)*; Mill, *Sobre la libertad*). Por otro lado, el pro-paternalismo considera que es una medida legítima, y que los motivos anti-paternalistas no se justifican. Una versión débil del pro-paternalismo sugiere, sin embargo, que en tanto el paternalismo ha sido siempre controvertido y amenaza la libertad y/o autonomía de los sujetos intervenidos, debe situarse sobre éste una presunción (desconfianza) en su contra, y exigir una mayor carga de argumentación para justificar medidas concretas (Alemany, "El concepto y la justificación del paternalismo" y Macario Alemany, "El concepto y la justificación del paternalismo". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005b); David Buchanan, "Autonomy, Paternalism, and Justice: Ethical Priorities in Public Health", *American Journal of Public Health*, Vol. 98, N° 1; De Lora y Gascón, *Bioética. Principios, desafíos, debates* (Madrid: Alianza Editorial, 2008); Mill, *Sobre la libertad*. Una versión fuerte sostiene que no tiene sentido plantear una presunción en contra de toda medida, sino que cada una debe ser evaluada caso por caso, de la misma forma como se evalúa cualquier intervención (Herbert Hart, *Derecho, libertad y moralidad* (Madrid: Dykison, 2006); Beauchamp y Childress, *Principles of Biomedical Ethics*; Cass Sunstein, "Behavioral Economics and Paternalism". *The Yale Law Journal*, 122 y Cass Sunstein, *Why Nudge? The politics of libertarian paternalism* (New Haven - London: Yale University Press, 2014); Leandro Cornejo, "Paternalismo y protección de la salud: el paternalismo en salud pública" (tesis de licenciatura en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016)).

trabajo anterior⁷ se ha ofrecido y sustentado de forma exhaustiva una definición neutral y operativa de paternalismo⁸. Se sostuvo que dicha clase de medida es aquella intervención realizada por un sujeto "A" dirigida a abordar actos auto-referentes⁹ de un sujeto "B" que tengan o puedan tener efectos sobre sí mismo, debido a que "A" no cree que "B" esté llevando (o no llevará) a cabo actos que favorezcan a su bienestar. Se sostuvo además que, su función es lograr que el sujeto "B" i) evite conductas que le afecten o puedan afectarle negativamente u ii) obtenga o pueda obtener un beneficio para sí mismo. Una formulación un poco más detallada sería la siguiente:

El sujeto "A" (el paternalista) ejerce paternalismo sobre el sujeto "B" (el beneficiario):

- Cuando "B" lleva (o pueda llevar) a cabo actos que impactan (o puedan impactar) sobre su bienestar.
- Siendo los actos del sujeto "B" llevados a cabo por acción u omisión, de forma voluntaria e involuntaria.
- Con el objetivo de que el sujeto "B":
 - o Evite (o pueda evitar) perjuicios para su bienestar u
 - o Obtenga (o pueda obtener) una mejora de su bienestar.

7 Cornejo, "Paternalismo y protección de la salud: el paternalismo en salud pública", 94 - 158.

8 Una definición es neutral en tanto i) trata de formularse de tal modo que distinga el concepto de dicha clase de intervención de cuándo puede ser justificada; y porque ii) se encuentra formulada evadiendo todo elemento valorativo y normativo posible. Asimismo, es una definición operativa porque tiene la virtud de servir para identificar cuándo uno se encuentra frente a medidas concretas, y poder diferenciarlas de aquellas intervenciones fundadas en otros principios, como por ejemplo el principio de equidad, de moralismo, o el principio de daño.

9 Los actos paternalistas necesariamente implican el abordaje de una conducta (que incluiría a las preferencias y las elecciones previas a su realización) de algún individuo por su propio bien. Esto puede ser descompuesto en dos rasgos. En primer lugar, que los actos a abordar son auto-referentes, es decir, actos realizados por un individuo que tienen impacto sobre sí mismo, un impacto sobre su propio bien. En segundo lugar, los actos de los beneficiarios que se tratan de abordar pueden ser tanto voluntarios como involuntarios. Estos dos rasgos son importantes para diferenciarlas de aquellas intervenciones fundadas en el principio de daño elaborado por Mill. Según este principio es válido evitar, eliminar o reducir daños producido por personas hacia otros individuos (Joel Feinberg, *Offense to Others (The Moral Limits of the Criminal Law)* (New York: Oxford University Press, 1985), xiii; Dworkin, "Paternalism", 305). El supuesto de este principio es el de una relación donde un individuo afectará o ha afectado los intereses de otro individuo. Asimismo, se suele remarcar que el beneficiario no participa voluntariamente de la afectación. El individuo recibe un daño en contra de (o sin) su consentimiento. Por ello, puede decirse que el principio de daño interviene sobre actos hetero-referentes con relación al beneficiado por el principio. La cuestión de los actos auto-referentes es importante porque se ha cuestionado que sea posible hablar de su propia existencia. Por ello, la distinción entre actos auto-referentes frente los hetero-referentes es fundamental para el estudio del concepto del paternalismo (Lindsay Wiley, Micah Berman y Doug Blanke, "Who's Your Nanny? Choice, Paternalism and Public Health in the Age of Personal Responsibility", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 41, Suppl. 1. (2013): 89). Esta cuestión posee una gran historia en el pensamiento filosófico, que puede rastrearse también desde John Stuart Mill. Fue Mill (Mill, *Sobre la libertad*, 159) quien reconoció esta dificultad admitiendo que nadie "es un ser enteramente aislado; [dado que] es imposible que una persona haga nada serio o permanentemente perjudicial para sí, sin que el daño alcance por lo menos a sus relaciones más próximas, y frecuentemente a las más lejanas". Herbert Hart (Hart, *Derecho, libertad y moralidad*, 100) reconoció este mismo problema. En una sociedad organizada, sostuvo, "es imposible identificar clases de acciones que no dañan a nadie o a nadie excepto al individuo que las hace". Carlos Santiago Nino (Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, 2ª edición ampliada y revisada (Buenos Aires: Astrea, 2007), 437) también notó esta dificultad, reconociendo la dificultad que hay en encontrar una conducta individual que no pueda llegar a afectar los intereses de otras personas. Ciertamente deben existir muy pocas conductas que no tienen ninguna influencia sobre otros (Julian Le Grand y Bill New, *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?* (Princeton: Princeton University Press, 2015), 16). No obstante si bien es cierto que es difícil imaginar actos que solo afecten a un individuo, es posible establecer una diferencia para demostrar la pertinencia del paternalismo y poder diferenciarlo de otra clase de intervenciones, como aquellas fundadas en el principio de daños o inclusive demostrar que una misma medida puede tener fundamentos en varios principios a la vez. En este último caso, considérese el ejemplo de una persona temeraria que conduce su motocicleta sin usar casco, que en caso de sufrir un accidente se volvería una carga para el sistema público y subsidiado de salud. Una forma de solucionar el problema de la diferenciación entre intervenciones que aborden actos auto-referentes y hetero-referentes es determinando los criterios que puedan vincularse directamente con los bienes a garantizar, de tal forma que esta diferenciación pueda hacerse más evidente. De esta forma, la obligación de los motociclistas de usar casco podría ser entendida como una medida paternalista si el objetivo es reducir los riesgos de accidentes graves, pero a la vez podría ser una forma colectiva del principio de daño si lo que se busca es reducir los gastos del sistema sanitario por restitución de la salud en caso de accidentes graves. Por ende, para determinar si una medida en particular es paternalista es necesario analizarla en función a sus efectos directos sobre los bienes o intereses a garantizar que estén dañados o con riesgo de dañarse por la conducta voluntaria del propio titular del bien en cuestión, y no sobre sus efectos indirectos sobre los bienes de otras personas (Alemany, "El concepto y la justificación del paternalismo", 272 y 273). De esta forma existirían actos perjudiciales que serían auto-referentes o, al menos, que son directamente auto-referentes y sólo indirectamente (algunos relevantes desde el punto de vista moral y jurídico, como el ejemplo anterior, y otros no) hetero-referentes (Feinberg, *Harm to self (The Moral Limits of the Criminal Law)*, 22). Los actos auto-referentes son reales, y por lo tanto, al menos en este extremo, el paternalismo sería un buen principio para justificar muchas intervenciones sobre los individuos.

- Cuando el sujeto "A" cree que el sujeto "B" no está llevando (o no llevará) a cabo actos que favorezcan a su bienestar, es decir, que está impactando de forma no adecuada sobre su propio bien debido a que se encuentra realizando conductas perjudiciales, no adecuadas (o equivocadas), a juicio del sujeto "A".

Dicha definición posee algunas ventajas. En primer lugar, se encuentra formulada en términos descriptivos y no valorativos, de tal forma que sirve únicamente en el proceso de determinar si uno se encuentra ante una intervención paternalista. En segundo lugar, la definición mantiene abierto el contenido de lo que supone el bienestar, en tanto es posible que haya intervenciones que busquen proteger bienes considerados como necesidades básicas (p.e., la salud) o virtudes morales (p.e., pureza). De lo que se trata es de ofrecer una definición, mas no una justificación de intervenciones concretas. En tercer lugar, la definición prescinde lo más posible de otros elementos controvertidos en su composición, como el concepto de libertad¹⁰ y autonomía¹¹. En cuarto lugar, la definición es lo suficientemente amplia como para incluir tanto la existencia de un gobierno democrático que efectúa intervenciones paternalistas, como la existencia de gobiernos en sí mismos paternalistas. En quinto lugar, la definición es también amplia como para abarcar el caso de intervenciones en personas adultas, en menores de edad o en personas con discapacidad mental. En sexto lugar, la definición toma en consideración lo que el propio término sugiere, tanto en el lenguaje popular y académico, considerando la relación paterno-filial¹². Finalmente, en séptimo lugar, la definición tiene la ventaja de separar la discusión sobre la identificación de una medida de su justificación. Es decir, afirmar que uno se encuentra ante una intervención de esta naturaleza no significa que esta se justifique. El proceso de justificación requiere de otro procedimiento.

2. John Stuart Mill, el principio de daño y el paternalismo

Gran parte de las investigaciones sobre el paternalismo han incluido una mención de las tesis sostenidas por John Stuart Mill en su famoso ensayo *Sobre la Libertad*¹³, donde

-
- 10 La libertad presupondría en parte un hecho relacional, que habla de la ausencia de coerción o fuerza, definida como libertad negativa; o como la ausencia de prohibiciones u obligaciones jurídicas, definida como libertad jurídica (Alemany, "El concepto y la justificación del paternalismo", 117). Podría afirmarse que existen dos clases de libertades jurídicas; los derechos de libertad especial y el derecho general de libertad. Los primeros son aquellas "reacciones del constituyente a determinadas amenazas de la libertad consideradas como especialmente acuciantes" (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 324 y 340). Aquí se ubicarían, dependiendo de cada Constitución, la libertad de expresión (incluyendo la libertad de expresión comercial), la libertad religiosa, la libertad de empresa, entre otras. Por otro lado, también existiría el derecho general de libertad, es decir, un derecho que garantiza, prima facie "la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera (norma permisiva) [...] [y] un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)" (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 301). La existencia de este tipo de libertad responde a que un Estado Constitucional Liberal no puede admitir la existencia de vacíos constitucionales (Luis Prieto, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 251) sujetos al libre arbitrio de los poderes públicos para restringir la libertad de las personas.
- 11 Siguiendo el concepto de autonomía elaborado por Gerald Dworkin ("Paternalism"; *The Theory and Practice of Autonomy* (New York: Cambridge University Press, 1997), 108; "Moral Paternalism", *Law and Philosophy*, Vol. 24. N° 3 (2005): 311), la autonomía consiste en la facultad individual (importante para el bienestar) para reflexionar sobre el plan de vida elegido y hacerse responsable por las elecciones realizadas para perseguir dicho plan. De esta noción de autonomía se derivaría el principio de autonomía (de Lora y Gascón, 2008: 43; Atienza, 2010: 67; Beauchamp y Childress, 2013: 106), según el cual debe respetarse toda manifestación de la autodeterminación individual, permitiendo que la persona decida sobre los asuntos que les puedan afectar, según sus valores, deseos, anhelos y creencias, así como hacerlas responsables por dichas decisiones.
- 12 La definición de paternalismo debe mirarse a la luz de la analogía de la relación paterno-filial (Beauchamp y Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 215), dado que es sobre esta relación sobre la que se construye el concepto. De esta relación se derivarían tres (03) características. La primera característica alude a que todo acto paternalista es un acto de poder sobre el beneficiario, es decir, presupone que el que interviene posee la capacidad de afectar el comportamiento, las preferencias o elecciones del sujeto tratado paternalistamente. La segunda característica es la benevolencia, al menos posible, de que un padre actúa con buena voluntad sobre su hijo. La tercera es el de bienestar, porque las acciones de un padre están dirigidas a procurar el bien de los hijos. Habría una cuarta característica adicional, distintivamente relevante. Lo usual en una intervención paternalista es que el sujeto que interviene parte de la premisa (presupuesta, por comprobar o comprobada imparcialmente) que el beneficiario está cometiendo un error, dado está realizando algo que no es bueno para su propio bien, y es ello lo que explica la necesidad de realizar la intervención.
- 13 Existen otros autores en la historia del pensamiento filosófico moderno que han sostenido tesis que puedan vincularse a la discusión jurídica sobre el paternalismo. Una revisión de las principales ideas de John Locke e Immanuel Kant por ejemplo, permitirían deducir algunas luces sobre su posición sobre estas intervenciones. En esta investigación no se incluirá un análisis especial de las posiciones de estos autores. Una razón de ello es que la discusión sobre este tema no ha sido sostenida de forma explícita por estos autores. Otra razón es que casi la totalidad de investigaciones sobre el paternalismo no han incluido ningún apartado especial sobre las posiciones de Kant y Locke. De los pensadores

desarrolla gran parte de sus fundamentos sobre los límites de la intervención estatal. Aunque la mención de las tesis de este pensador constituyan el punto de partida de muchas de investigaciones sobre este tema, lo cierto es que, como ha recordado Alemany¹⁴, no siempre ha constituido un mismo y único punto de llegada a la hora de establecer conclusiones sobre la legitimidad de esta clase de intervención. El hecho que no ha haya existido una única interpretación de la obra de este pensador y que la discusión sobre esta clase de medidas siga siendo todavía polémica pueden ser algunas explicaciones de este hecho¹⁵. De hecho, y tal como sostiene Ronald Dworkin¹⁶, “el famoso ensayo de John Stuart Mill On Liberty ha servido mejor, en términos generales, a los conservadores que a los liberales”. Como ya se ha mencionado, se considera que el más importante rechazo al paternalismo puede rastrearse en el siglo XIX a través del pensamiento de John Stuart Mill. Según su famoso principio de daño:

“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”¹⁷.

Fue sobre este principio formulado por Mill que se originó el primer debate donde los temas en controversia fueron la cuestión del paternalismo¹⁸ y el moralismo¹⁹. La discusión

liberales en la historia de la filosofía moderna, ha sido John Stuart Mill el autor que más atención ha recibido. Para una revisión general de las tesis de estos autores con relación a la aceptación y exclusión del paternalismo véase a Alemany (“El concepto y la justificación del paternalismo”, 33-65). Robert Nozick (*Anarquía, Estado y utopía*, 66 y 67), por su parte, ha dedicado un espacio para interpretar la posición de Locke sobre el paternalismo.

14 Alemany, “El concepto y la justificación del paternalismo”, 65.

15 Pese al prolífico desarrollo teórico sobre la cuestión del paternalismo, aún no existe consenso que ponga fin a la cuestión sobre cuál es la forma correcta de definirlo (Le Grand y Bill, *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?*, 7). Existe en la literatura tantos conceptos como especialistas referentes dedicados al abordaje de este tipo de intervenciones (Dworkin, “Defining paternalism”, 29-31). Debido a lo anterior, es que tampoco existe un acuerdo amplio sobre cómo justificar una intervención concreta. Dicho desacuerdo también se encuentra vinculado a grandes problemas de la filosofía moral y jurídica que aún no se encuentran completamente resueltos o carecen de un consenso amplio. Por ejemplo, admitir en el liberalismo la validez de medidas paternalistas puede llevarnos a reconocer la existencia de una concepción objetivista del bienestar, además de una ética cognoscitiva (Atienza, “Discutamos sobre paternalismo”, 210; Alemany, “El concepto y la justificación del paternalismo”, 102) que permita encontrar estos bienes objetivos.

16 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 2012), 372.

17 Mill, *Sobre la libertad*, 68.

18 Rolf Sartorius, “Introduction” en *Paternalism* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983), xi.

19 En términos generales, el moralismo jurídico puede definirse como aquella tesis que sostiene que el Estado puede intervenir en asuntos de moralidad con el fin de: i) asegurar el respeto de las reglas morales de una sociedad, independientemente de si puedan estar relacionadas a bienes instrumentales o necesarios para la consecución de cualquier plan de vida y/o ii) para proteger a sus miembros de actos que contradigan (ofendan) sus convicciones más firmes y fundadas usualmente en la tradición y/o emotividad. Una norma jurídica sería moralista si posee alguna de estas características. El moralismo jurídico, se diferencia del paternalismo, a juicio de Le Grand y New (*Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?*, 36), porque el primero no tiene como objetivo hacerle algún bien al beneficiario al abordar su conducta. Por otro lado, Miguel Ramiro (“A vueltas con el moralismo legal”, en *Derecho, libertad y moralidad*, ed. Herbert Hart (Madrid: Dykinson, 2006), 44) ha anotado tres elementos para diferencia el moralismo jurídico de la protección de daño a terceros (principio de daño). En primer lugar, en el moralismo se protege a la sociedad como un todo, mientras que la protección de terceros se cuida los intereses de un ser humano. En segundo lugar, el moralismo protege las normas o código de una sociedad, mientras que el principio de daño protege la autonomía del beneficiario. Finalmente, en tercer lugar, en el moralismo, una de las tantas motivaciones para realizar estas intervenciones es la confluencia emocional del asco y el desagrado; mientras que en el principio de daño se busca proteger bienes valiosos, independientemente de los motivos que lleven a las personas a protegerlos o abstenerse de dañarlos. Según este mismo autor (“A vueltas con el moralismo legal”, 56-57) el moralismo jurídico afectaría cuatro componentes valorativos de la democracia: el grado de pluralismo social, el abuso de la regla de la mayoría, el principio de igualdad y la exigencia de racionalidad para abordar las cuestiones públicas. El moralismo jurídico estaría injustificado debido a que presupone la vulneración de la libertad de personas a través del incumplimiento del principio de daño de Mill debido a la imposición indebida de la moralidad positiva, es decir, el conjunto de creencias morales actuales por los cuales los miembros de una comunidad pretenden dar cuenta de los principios de una moral ideal (Matheus Mason, “Is Public Health Paternalism Really Never Justified? A Response to Joel Feinberg”, *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 30 (2005): 128; Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 93). En ese sentido, según Atienza (*Bioética, Derecho y argumentación*, 52) “el derecho debe abstenerse de regular - de prohibir - las conductas que sólo tienen que ver con las opiniones morales de los individuos, es decir, el derecho garantizar el pluralismo moral: no debe tratar de imponer un código moral frente a los demás”. Estas son las razones por la cual, en una democracia constitucional, el moralismo jurídico siempre es injustificado, a diferencia del paternalismo, que puede ser justificado dependiendo del caso concreto.

tuvo como oponente a James Fitzjames Stephen, crítico contemporáneo de Mill, quien sostuvo la tesis opuesta a la formulada por el principio de daño²⁰.

Una primera anotación que puede realizarse sobre el principio de daño es que Mill no discutió sobre los límites de la intervención estatal empleando los términos que designan a lo que hoy se entiende como intervenciones paternalistas o moralistas. Sin embargo, es posible sostener que, al aludir al bien del individuo intervenido como un criterio excluido por el principio de daño, Mill se refiere a las intervenciones que hoy en día son denominadas como paternalistas²¹.

3. Dos líneas de argumentación contra el paternalismo

¿Cuáles son las razones que justifican la formulación del principio de daño de Mill para manifestarse en contra del paternalismo? Según Gerald Dworkin²² habría dos líneas de argumentación. La primera, de tipo consecuencialista²³, afirma que no se obtiene un beneficio por intervenir sobre las personas para determinar lo que es su propio bien. La segunda, de naturaleza deontológica²⁴, sostiene que en el "hipotético" caso que una persona (o un grupo de personas) no sea el mejor juez sobre lo que es bueno para ella misma, la libertad de elección posee un valor en sí mismo que impide que pueda ser vulnerada como una forma de excepción al principio de daño.

4. Primera línea de defensa contra el paternalismo: el consecuencialismo anti-paternalista

La primera línea de argumentación puede, a su vez, ser dividida en dos partes adicionales. Según la primera, "ni uno, ni varios individuos, están autorizados para decir a otra persona criatura humana de edad madura que no haga de su vida lo que más le convenga en vista de su propio beneficio. Ella es la persona más interesada en su propio bienestar [...] El hombre o la mujer más ordinaria tiene, respecto de sus propias circunstancias y sentimientos, medios de conocimiento que superan con mucho a los que pueda tener a su disposición cualquier otra persona"²⁵. Este es el muy recurrente y famoso argumento de que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses (que no fue una hipótesis absoluta en el pensamiento de Mill). El argumento fue hasta hace varias décadas un axioma en los estudios sociales, específicamente en la economía²⁶, y ha sido un insumo para la construcción de muchas teorías y propuestas sobre el bienestar humano, que, debido a su carácter subjetivista, impidieron la construcción de una justificación general al paternalismo. Esta premisa ha sido en parte una de las obstrucciones más importantes a la justificación del paternalismo

20 Según Stephen (*Liberty, Equality, Fraternity*, 2a edición (Londres: Smith, Elder & Co, 1874), 55) si un objetivo perseguido por la sociedad "es adecuado, si la compulsión empleada es tal que logra dicho objetivo, y si el bien obtenido es mucho mayor que el inconveniente de la compulsión en sí, no [se entiende] cómo [...] ésta compulsión pueda ser estimada como mala". Mientras Mill planteaba una posición que en general se encontraba en contra de toda medida paternalista y moralista, Stephen se encontraba al otro lado del espectro, admitiendo incluso una visión fuerte del moralismo jurídico. En su obra, éste autor sostendría, con relación a la criminalización de la homosexualidad, que "hay actos de maldad tan intolerables e indignantes que deben ser evitados a cualquier costo" (*Liberty, Equality, Fraternity*, 178).

21 Una opinión similar es sostenida por Gerald Dworkin ("Moral Paternalism", *Law and Philosophy*, Vol. 24. N° 3 (2005): 306), quien sostiene que al aludir al bien físico y moral de un individuo Mill rechaza el paternalismo de las clases de intervenciones estatales legítimas.

22 Dworkin, "Paternalism", 28.

23 Aquí se definirá consecuencialismo como aquella postura que sostiene que las acciones deben ser evaluadas moralmente en función de los resultados que producen.

24 Una argumentación deontológica supone que hay un criterio ético a priori y universalizable por el cual pueden ser justificadas las normas y conductas.

25 Mill, *Sobre la libertad*, 154.

26 No existen muchas diferencias entre esta visión del hombre de aquella elaborada por parte de la teoría económica, rotulada bajo el nombre de "homo economicus", la cual se basa en la premisa de que "cada uno de nosotros siempre piensa y escoge bien" (Thaler y Sunstein, "Libertarian Paternalism", 21). De hecho, la presunción del comportamiento auto-interesado hacia la propia utilidad, que fuera desarrollado inicialmente por John Stuart Mill en sus estudios sobre economía "fue posteriormente utilizado por utilitaristas como, Jevons, Edgeworth, Walras y Cournot" (Sabina Alkire y Séverine Deneulin, *Individual Motivation, its Nature, Determinants and Consequences for within Group Behaviour*. (The United Nations University - World Institute for Development Economics Research, 2000), 6). La formación de este importante axioma de la economía se ha debido a una retroalimentación conjunta entre utilitaristas y economistas, desde hace varios siglos.

en general. Si “cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física [o] mental”²⁷, como sostiene Mill ¿cómo es posible que pueda ser asegurado por otra persona a través de una intervención de esta naturaleza?

La segunda parte de este primer argumento sostiene que “la humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándola a vivir a la manera de los demás”²⁸. Aun suponiendo que los individuos puedan cometer errores a la hora de determinar o realizar lo que constituye su propio bien, “todos los errores que pueda cometer [...] están compensados con creces por el mal de permitir que los demás le impongan lo que ellos consideran beneficioso para él”²⁹. El Estado, por más bienintencionado que intente ser, a la hora de realizar una intervención amparándose en lo que es mejor para cada individuo intervendrá siempre de forma equivocada. Mill concluye que estas medidas no se justifican, dado que sus medidas serían inefectivas y contraproducentes, al generar más daño del bien que pretendería lograr. La conclusión de Mill constituye un análisis de costos y beneficios anticipados para toda decisión paternalista estatal. Además, la existencia de otras alternativas claramente legítimas, como el poder de la educación [persuasión racional]³⁰, reducen el valor de los intentos de intervenir sobre una persona por las razones prohibidas por el principio de daño. Son dos las características de esta primera línea de argumentación.

La primera característica es que ambas partes de esta línea argumentativa son conclusiones que pueden derivarse del pensamiento utilitarista, del cual Mill fue partidario³¹. El utilitarismo es la tesis filosófica que sostiene que las conductas y medidas deben ser realizadas (o evaluadas³²) en función de aumentar la utilidad de la comunidad, y el resultado de estas es mayor que la de disminuirla³³. La idea central en el pensamiento utilitarista es que uno debe hacer todo aquello que sirva para maximizar el bienestar^{34,35} individual y colectivo. El interés de la comunidad puede definirse como la suma de los intereses de los diversos individuos que la componen³⁶.

Uno de los presupuestos del pensamiento utilitarista radica en afirmar que los individuos persiguen su propio bienestar, rehuendo de cualquier alternativa o curso de acción que lo disminuya³⁷. Es esta última premisa una de las claves para comprender la primera línea

27 Mill, *Sobre la libertad*, 72.

28 Mill, *Sobre la libertad*, 72.

29 Mill, *Sobre la libertad*, 155.

30 Mill, *Sobre la libertad*, 163.

31 Es cierto que el utilitarismo de Mill no es equivalente a las propuestas clásicas ofrecidas por Bentham (el fundador de esta corriente del pensamiento) y James Mill, su padre. Algunos inclusive han llegado a sostener que Mill no fue de hecho un utilitarista. El valor que John S. Mill otorga a la individualidad y el establecimiento de un deber de la sociedad para apoyar a las personas más vulnerables colisionaría con el principio clásico del utilitarismo (“la mayor felicidad para el mayor número de personas”). Sin embargo, Mill también defendió el principio de utilidad, inclusive de forma mucho más refinada que su maestro Bentham (James Rachels, *Introducción a la filosofía moral*. 1ª reimpression (1ª edición) (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2009), 152), y por esta razón, no puede excluirse el carácter utilitarista de su pensamiento. Una revisión sobre las diferencias entre Bentham y Mill pueden verse en: Michael Sandel, *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* (Barcelona: Debolsillo, 2012), 42-70.

32 Según Sen (*Desarrollo y libertad* (Bogotá: Planeta, 2000), 81-82) son tres (03) los requisitos de evaluación del utilitarismo. El primero, de naturaleza consecuencialista, considera que las elecciones de los individuos deben juzgarse en función de los resultados que generen. Por otro lado, el segundo componente alude al bienestar, que restringe la evaluación de las circunstancias o condiciones en las que se realizan las elecciones, a las utilidades que generen. Finalmente, el tercer componente es el de la ordenación basada en la suma, el cual sostiene que las utilidades de todos los miembros conformantes de la sociedad deban ser valoradas de forma agregativa.

33 Esperanza Guisán, “El utilitarismo” en *Historia de la Ética* (Barcelona: Crítica, 2000).

34 Es importante mencionar que el significado de lo que debe entenderse por “utilidad” ha diferido a lo largo del tiempo. Desde los utilitaristas decimonónicos hasta los contemporáneos, la utilidad ha sido definida como placer, felicidad (en cuanto estado mental) o como la satisfacción de las preferencias. Esta última interpretación de la utilidad es la que actualmente existe en el mundo académico y popular, y se encuentra implícita en muchos estudios de la economía positiva y normativa. La ventaja de esta interpretación es que permite conectar el logro de bienestar (individual y colectivo) con el valor de la libertad de acción, dado que si el bienestar está en la satisfacción de las preferencias, la sociedad (compuesta por el mercado y las instituciones sociales) debe permitir que los individuos escojan sus propias alternativas (siempre y cuando no dañen a otros). Esta tesis es uno de los presupuestos para la defensa de los mercados y de la libertad de empresa en contra del intervencionismo estatal.

35 Daniel Hausman y Michael McPherson, *El análisis económico y la filosofía moral* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica - Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2007), 167.

36 Jeremy Bentham, *The principles of morals and legislation* (New York: Hafner, 1973), 3.

37 Según Bentham (*The principles of morals and legislation*, 1), por ejemplo, “la naturaleza ha colocado a la humanidad

de argumentación de Mill contra el paternalismo. Según ésta, puesto que los individuos persiguen siempre su bienestar, y no hay nadie más que uno mismo que pueda conocerlo mejor, no es posible mejorar el propio bien de una persona a través de la decisión de otros. Es debido a esto que cualquier intento de mejorar el bienestar de una persona siempre producirá más daño que bien. Si se traslada esta afirmación a la escala poblacional, se llega a la conclusión que cualquier medida implementada por el gobierno siempre producirá menos utilidad que aquella que permite a los individuos perseguir lo que ellos conciben como su propio bien.

La segunda característica de esta línea de argumentación es su naturaleza empírica. Afirmar que cada individuo es el mejor juez de sus propios intereses no es más que sostener la tesis empírica (poco plausible) de que siempre se elige lo que es mejor para uno. Asimismo, postular que el resultado de que el gobierno intervenga paternalistamente sobre los individuos siempre será perjudicial, es también una defensa empírica contra el bienestar obtenible que inspira el establecimiento de esta clase de medidas.

El aspecto consecuencialista de ambos argumentos es que interferir en la vida de una persona (por su propio bien) no puede generar resultados favorables que la alternativa contraria, es decir, aquella que respeta su libertad de acción³⁸. Y esto es así para cualquier intervención paternalistas, con los efectos agregativos y perjudiciales que conllevaría si son implementadas por el gobierno. Si el objetivo es que los individuos obtengan bienestar, según Mill, lo que el gobierno debería hacer es dejar que las personas persigan sus propios objetivos valiosos. Es “debido a que los individuos conocen mejor sus gustos y situaciones [...] que los funcionarios públicos” deben siempre permitirles elegir sus propios fines, así como los medios para obtenerlos³⁹. Esto es lo que Sunstein⁴⁰, revisando la postura de Mill, ha denominado como *el argumento epistémico del principio de daño*, el cual sostiene que, en aquellos casos donde la conducta de un individuo no daña a otros, la sociedad y las instituciones deberían dejarlos actuar sobre lo que constituyen sus propios juicios, dado que estos son la mejor guía para mejorar sus vidas y porque los funcionarios públicos cometerán errores en caso decidan intervenir en nombre de su propio bien.

5. Segunda línea de defensa contra el paternalismo: el valor intrínseco de la autonomía

La segunda línea de argumentación del principio de daño de Mill constituye una defensa a la individualidad humana. Mill consideraba que en general la sociedad y el Estado actúan de forma conservadora a la hora de determinar la regulación de las conductas de los individuos. Esta fue una fuerte preocupación del autor. Mill⁴¹ temía la potencial tiranía del Estado, que con el apoyo social a través de la “proporción más numerosa o activa del pueblo, de la mayoría” podrían llegar a imponer “sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disientan de ellas; a ahogar el desenvolvimiento y, a impedir la formación de individualidades”⁴². Mill tuvo un profundo respeto por la individualidad de los seres humanos para que puedan aspirar a los logros de bienestar que ellos mismos hayan establecido.

Frente a ello, surge la necesidad de una justificación diferente a la consecuencialista para defender y reforzar su postura anti-paternalista y anti-moralista de forma tajante. Es decir, la crítica debía estar motivada por una obligación de respetar al ser humano por su valor en

bajo el dominio de dos amos soberanos: el dolor y el placer [el cual puede ser interpretado como la maximización del bienestar propio, reduciendo los costos (placer) y aumento los beneficios (placer)]. Es debido a estos únicamente por los que se determina lo que vamos a hacer. Por un lado, como un estándar sobre lo correcto e incorrecto, y por otro lado como cadena [explicativa] de las causas y consecuencias [...] Ellas nos gobiernan en todo lo que hacemos, decimos y pensamos: y cualquier esfuerzo por desembarazarnos de su sometimiento tan solo servirá para demostrarlo y confirmarlo” (*The principles of morals and legislation*, 1973: 1).

38 Hannikainen, “Autonomía, libertad y bienestar: sobre la justificación del paternalismo legal”, 43.

39 Sunstein, “Behavioral Economics and Paternalism”, 7.

40 Sunstein, “Behavioral Economics and Paternalism”, 92.

41 Mill, *Sobre la libertad*, 61.

42 Mill, *Sobre la libertad*, 62.

sí mismo⁴³, independientemente de las consecuencias que dicho respeto pueda generar sobre sí mismo. Por ello, Mill⁴⁴ afirmó que el libre desenvolvimiento de la individualidad es un componente esencial del bienestar. Este respeto a la individualidad, al modo que cada individuo escoja para llevar a cabo su propia vida es correcto, no porque dicha forma sea la mejor forma en sí, sino porque representa algo completamente de uno mismo⁴⁵.

Este es el argumento más importante de la defensa anti-paternalista de Mill. A diferencia de los otros argumentos, que tienen un contenido empírico importante, este argumento fuertemente valorativo vendría a ser la defensa del valor intrínseco de la autonomía⁴⁶. Nótese que Mill debilita uno de sus argumentos utilitaristas, al afirmar que es posible determinar objetivamente que una decisión sea mejor que otra, independientemente de lo que considere el propio sujeto. Pese a esta posibilidad, la intervención coactiva sobre un sujeto no se justifica, porque atentaría contra su autonomía⁴⁷. De esa manera, Mill defiende el respeto por la autenticidad de los seres humanos, es decir, “el cultivo de uno mismo, fundado en los valores y el carácter”⁴⁸ que uno posee.

La suma de estas dos líneas de argumentación representa la formulación clásica de la postura anti-paternalista establecida en el principio de daño y defendida por casi todos los detractores de esta clase de intervenciones. Sin embargo, la argumentación de Mill presenta una variedad de deficiencias e interpretaciones inadecuadas.

6. Los límites y deficiencias del anti-paternalismo de Mill

En primer lugar, y con relación al argumento consecuencialista, no queda claro por qué debe asumirse que los adultos conozcan sus propios fines (y los medios para alcanzarlos) de forma tan infalible que no sea posible que cometan errores y que, por lo tanto, requieran de la ayuda de una interferencia paternalista, sea del Estado o de un privado. Como hace notar Hannikainen⁴⁹, la tesis de que el hombre es el mejor juez de sus propios fines y de los medios para perseguirlos es siempre una cuestión contingente, que debe demostrada empíricamente en cada caso⁵⁰.

Si bien el argumento anti-paternalista consecuencialista evoca una preocupación genuina por el bienestar de las personas que debe tomarse en serio, ciertamente está fundamentada en dos arriesgadas presunciones empíricas: un excesivo optimismo en las competencias humanas y un fuerte escepticismo sobre la capacidad del Estado para lograr medidas idóneas. Mill sobrevaloró la capacidad de las personas para perseguir activamente lo que es bueno para ello, y consideró que debía dejarseles libres para que puedan mejorar su situación⁵¹. La equivocación de Mill radica en que consideró excesivamente como base de referencia de la psicología humana al hombre medio⁵², que al parecer tiene una consistencia entre sus valores, plan de vida, preferencias y conductas.

43 Hannikainen, “Autonomía, libertad y bienestar: sobre la justificación del paternalismo legal”, 44.

44 Mill, *Sobre la libertad*, 128.

45 Mill, *Sobre la libertad*, 142.

46 Aunque debe precisarse que Mill nunca usó el término autonomía en su obra. Sin embargo, todos los intérpretes de Mill han asociado fuertemente su defensa de la libertad individual con “la noción de que el individuo tiene un derecho a planear y regular su vida, siendo por lo tanto un soberano sobre ella” (Le Grand y New, *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?*, 105).

47 Este argumento ha sido el foco de muchas críticas contra Mill, debido a la dificultad de hacerlo compatible con su proyecto utilitarista. Según Gerald Dworkin por ejemplo, “un utilitarista consistente sólo puede argumentar contra el paternalismo en base a que (como una cuestión de hecho) no maximiza el bien” (“Paternalism: Some Second Thoughts”, 27). Lo cierto es que el hecho que Mill haya incorporado dentro de su propuesta normativa valores como el principio de autonomía no excluye el principio de maximización utilitarista dentro de su pensamiento.

48 Conly, *Against autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, 54.

49 Hannikainen, “Autonomía, libertad y bienestar: sobre la justificación del paternalismo legal”, 43.

50 Stephen ya habría sostenido algo similar en la época en la que Mill escribió su famoso ensayo sobre la libertad. Según aquél, la afirmación de que casi la totalidad de los adultos suelen estar informadas sobre sus decisiones debe ser considerada en todo momento. Pero precisamente porque no son todos los adultos es necesario demostrar en cada caso si efectivamente la decisión de hacer algo por su propio bienestar es inadecuada por no lograr promover su bien (*Liberty, Equality, Fraternity*, 26).

51 Kate Grill, “Paternalism and libertarian paternalism” en *Ethics in Public Health and Health Policy* (Dordrecht: Springer, 2013), 9.

52 Herbert Hart, *Derecho, libertad y moralidad* (Madrid: Dykinson, 2006), 124.

Y tal y como demuestra Sunstein, esta afirmación no es verdadera⁵³, dado que obvia que los seres humanos sí cometen errores al tomar decisiones concernientes a su bienestar, sea porque no valoran adecuadamente ciertos fines importantes para sus propias vidas, o porque no escogen los medios adecuados para asegurarlos. Desde hace ya varias décadas, psicólogos y neurocientíficos⁵⁴ han venido explorando las particularidades de la conducta y mente humana en la toma de decisiones, encontrando que las personas razonan y realizan elecciones sobre la base de sesgos⁵⁵ que en muchas ocasiones pueden producir resultados contraproducentes sobre su bienestar⁵⁶, lo cual ofrece un cuerpo de evidencia que favorece en la justificación de muchas más medidas paternalistas.

Mill, sin embargo, creía que las personas promedio, en la “madurez de sus facultades”, serían capaces de tomar decisiones sobre su propio bien sin cometer errores. De esta forma, Mill obvió darle el debido lugar en su teoría a “la fragilidad de la mente humana, concluyendo que los adultos normalmente actúan en función a sus preferencias”⁵⁷, más específicamente, asumiendo que el bienestar en las personas adultas se satisface en tanto estas puedan satisfacer sus preferencias (plenamente voluntarias y sin errores, según su presunción). Este error en el pensamiento de Mill era inevitable, considerando los pocos hallazgos de investigación científica sobre estos temas en su época⁵⁸. Sin duda, este error tiene un impacto muy importante en la interpretación actual del principio de daño, que obviamente no puede evadirse.

Por otro lado, el argumento deontológico anti-paternalista también adolece de algunas deficiencias que merecen ser consideradas. El fundamento del principio de daño en este extremo reside en que Mill pensaba que, sin una sociedad y estado opresores que lleve a la sumisión, cada persona podría desarrollar de forma genuina los distintos planes de vida conformados por nuestra individualidad, que es valiosa así no nos lleve al resultado de

53 Sunstein, *Why Nudge? The politics of libertarian paternalism*, 22.

54 Uno de los grandes aportes de las neurociencias y psicología aplicada al Derecho es la constatación de una gran cantidad de factores internos que impiden a las personas tomar decisiones suficientemente autónomas. Para el caso del paternalismo, una conclusión a la que debe llegarse es que, en el proceso de justificar una intervención concreta, es necesario demostrar que las personas beneficiarias (o al menos, una proporción considerable de estas) viene tomando decisiones y realizando conductas afectadas por estos sesgos o heurísticos que tienen impactos perjudiciales o insuficientemente buenos sobre su propio bien. La existencia de los sesgos o heurísticos ha sido incorporada en marcos teóricos que estructuran los sistemas o mecanismos neurales que explicarían las cuestiones vinculadas con la elección y el bienestar de las personas. La evidencia sobre los límites de la autonomía humana no concluyen de ninguna manera que los seres humanos cometan errores la mayor parte del tiempo. Por el contrario, las personas tienden a hacer buenas elecciones, solo que no siempre es así (Jeffrey Rachlinski “The uncertain psychological case for paternalism”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, N° 3 (2003): 1219; Sunstein, *Why Nudge? The politics of libertarian paternalism*, 11), es decir, los sesgos o heurísticos que las personas emplean para sus decisiones no los llevan a ser malos decisores crónicos. No obstante, debe precisarse que estos sesgos se producen en situaciones normales, no aparecen solo en momentos de estrés (J.D. Trout, “Paternalism and cognitive bias”, *Law and Philosophy*, Vol. 24, N° 4, 2005), 393). Las personas adultas en general no son irracionales o no autónomas, sino son limitadamente autónomas y es en estas circunstancias donde el paternalismo podría ser justificado.

55 Los sesgos o heurísticos son reglas o procesos básicos para elaborar juicios o tomar decisiones (Richard Thaler y Cass Sunstein, *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad* (México. D.F.: Taurus, 2009), 39). Estos procesos o reglas son imperfectos, y las personas confían en ellos porque sirven como atajos en la toma de decisiones y realización de conductas. Tienen una gran utilidad, pero también llevan a las personas a la vulnerabilidad en muchos casos (Rachlinski, “The uncertain psychological case for paternalism”, 1165). La existencia de estos sesgos puede afectar la autonomía individual creando limitaciones de racionalidad y autocontrol. Las primeras son aquellas que afectan la capacidad cognitiva de las personas, llevándolas a tomar malas decisiones (Edward Glaeser, “Paternalism and Psychology”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73. N° 1 (2006): 136). Las segundas son aquellas que las personas desearían no poseer para así evitar realizar ciertas acciones (Glaeser, “Paternalism and Psychology”, 136).

56 Thaler y Sunstein, “Libertarian paternalism”.

Colin Camerer y otros, “Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for asymmetric paternalism”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, N° 3 (2003).

Colin Camerer, “Wanting, Liking, and Learning: Neuroscience and Paternalism”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, N° 1 (2006).

57 Grill, “Paternalism and libertarian paternalism”, 30.

58 La ausencia de estudios en psicología no sólo afecta la obra de Mill con relación a los mecanismos involucrados en el proceso de toma de decisión de los individuos, sino también en el proceso del desarrollo de las emociones humanas. Como sostiene Nussbaum (*Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (Barcelona: Paidós, 2007), 404) “la psicología [...] de Mill [...] era en exceso ingenua y pasaba por alto tanto las bases evolutivas de la vida emotiva como el modo en que el proceso de desarrollo iniciado en la infancia condiciona el repertorio emocional”. Esto permitió, por ejemplo, que Mill (John Stuart Mill, *La utilidad de la religión* (Madrid: Alianza Editorial, 2009b), 96.) pueda defender la posibilidad de educar fácilmente a las personas para que posean sentimientos desinteresados hacia el bien de todas las personas en el mundo y los consideren como parte de su propio bien.

bienestar esperado. No obstante, tal y como sostiene Conly, las personas buscan estar de acuerdo con otras, ser como ellas, inclusive si no existe ninguna presión externa de algún individuo para imponer sus reglas de conductas o valores⁵⁹. Lo cierto es que en los seres humanos existe una tendencia personal hacia la conformidad e imitación social y existe muchísima evidencia empírica de estos fenómenos en las ciencias sociales y psicología⁶⁰.

La socialización y los mecanismos que conllevan a la conformidad e imitación son inevitables. Por tanto, no existe tal cosa como un ser descorporeizado, capaz de tomar decisiones plenamente autónomas, libre de influencias externas e internas, como tal vez lo plantearon Kant y otros pensadores racionalistas e idealista⁶¹. Aceptar este hecho debe llevar a reconfigurar en buena parte la imagen que se tiene sobre la autonomía humana y su capacidad para servir en la configuración de nuestros planes de vida.

Frente a esta tendencia a la conformidad social, además de las otras clases de limitaciones internas (materializadas a través de los sesgos en la toma de decisiones) el paternalismo puede emerger como una alternativa para contrarrestar estos efectos, al ayudar a las personas a perseguir mejor ciertos fines o a facilitarles mejores medios para obtenerlos. Por tanto, el Estado, a través de su legislación y políticas públicas, puede ayudar al desarrollo de la individualidad, liberando a los individuos de las limitaciones para realizar sus planes de vida de forma exitosa, contrariamente a la afirmación general de Mill.

Por otro lado, no parece razonable otorgarle un peso casi absoluto a la autonomía (o individualidad) a la hora de determinar la justificación de una intervención concreta sobre los individuos. El principio de autonomía, uno de los principios principales del liberalismo, debe ser sincerado frente a la posibilidad del paternalismo (que también podría ser formulado como un principio). Esto obviamente no significa que el principio de autonomía deba ceder frente al paternalismo cada vez que se interviene con una medida de esta naturaleza. Como todos los principios, estos concurren entre sí en circunstancias concretas y buscan orientar un resultado vinculado con su objetivo⁶². La precedencia de uno sobre otro dependerá mucho del peso que posean en casos concretos, ya sea en la toma de decisiones individuales, en el diseño de una política pública concreta o en su justificación,

59 Conly, *Against autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, 9.

60 Esto se conoce como el sesgo de "conformidad" o "imitación". De acuerdo a esta limitación, muchas personas están dispuestas a cambiar su opinión si es que esta se desvía de lo que es percibido por la mayoría (Conly, *Against autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, 59). Se sabe que esta limitación se encuentra vinculada a ciertas reacciones en algunas zonas del cerebro (lóbulo parietal y occipital), que generan emociones negativas al constatar que las opiniones de uno difieren de las del resto (Gregory Berns y Otros, "Neurobiological Correlates of Social Conformity and Independence During Mental Rotation", *Biological Psychiatry* (2005): 252). Asimismo, una causa adicional que explica la conformidad es que las personas se sienten a gusto de encajar en la red social a la que pertenecen (Conly, *Against autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, 59). La vasta cantidad de experimentos en todo el mundo (más de 130 en 17 países) que demuestran la existencia del sesgo de conformidad han notado que las personas están dispuestas a acomodarse a la posición del resto en una tasa de cambio entre el 20 y 40 por ciento (Thaler y Sunstein, *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*, 74). Aunque la conformidad e imitación pueden generar resultados desfavorables para el bienestar de las personas, es posible aprovechar dicho sesgo para lograr lo opuesto, a saber, promover el bienestar. Un ejemplo de intervención paternalista que aprovecha la conformidad e imitación es la campaña llevada a cabo por el Estado de Montana en Estados Unidos de América "La mayoría de nosotros usamos cinturón de seguridad". El objetivo era informar al público que la mayoría de la población (85%) se abrochaba el cinturón de seguridad. Se sabe que la medida tuvo un efecto significativo en el incremento del uso de dicho dispositivo (J.S. Blumenthal-Barby y Hadley Burroughs, "Seeking Better Health Care Outcomes: The Ethics of Using Nudge", *The American Journal of Bioethics* 12 (2012): 5).

61 Una crítica bastante contundente a la tesis kantiana sobre un ser descorporeizado, es decir, un ser anterior a sus fines y sin intereses personales, como componente para la elaboración de una teoría de la justicia es la propuesta comunitarista planteada por Michael Sandel en su famoso texto sobre "el liberalismo y los límites de la justicia" (Sandel, Michael. 2000 [1982]. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa.). En dicha obra se exploran las posibilidades de la teoría de la justicia de John Rawls (de innegable raigambre kantiana), encontrando que la propuesta de este autor obvia el contexto cultural que cada ser humano posee, y que constituye un componente importante para la definición de su propio bien y de la concepción que tenga sobre la justicia. Por ejemplo, en el caso del desarrollo de la identidad individual, mientras un individualista kantiano afirmaría que esta es construida a través de la elección individual, Sandel sostendría que el desarrollo de la identidad es un proceso de descubrimiento, donde el individuo (casi radicalmente situado, en contraposición al sujeto plenamente descorporeizado) explora la influencia de su contexto en su propia vida. En esta investigación no se sostendrá ni defenderá las tesis morales comunitarista, como las planteadas por Charles Taylor (*Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna* (Barcelona: Paidós, 1996)), Alasdair McIntyre (*Tras la virtud*, 2a edición (Barcelona: Crítica, 2004)), entre otros pensadores contemporáneos. Sin embargo, no debe negarse que los argumentos empíricos de la conformidad, imitación y del statu quo pueden ser válidamente correspondidos en parte a esta corriente del pensamiento filosófico.

62 Dworkin, *Los derechos en serio*, 89.

cuando estas son impugnadas ante los órganos jurisdiccionales o en el espacio público. Pero de ninguna manera esto debe significar la posibilidad de primar un principio por sobre otro en todos los casos, a la manera de una exigencia general que se expande sobre cualquier caso, sin analizar sus particularidades.

Hasta aquí, se han demostrado las limitaciones de los dos argumentos planteados por Mill. Sin embargo, aún es posible hacer justicia a su obra. En efecto, una lectura más detallada en el pensamiento de este autor permite afinar muchos de los conceptos y tesis utilizadas en sus investigaciones, así como reconocer la existencia de algunas excepciones al principio de daño.

7. Sobre la libertad y las excepciones paternalistas al principio de daño

Existen dos puntos que deben rescatarse de la obra de Mill que aportan ideas a la discusión sobre el paternalismo y su legitimidad. En primer lugar, la definición de libertad esbozada por este autor se aproxima más a lo que hoy en día se entiende como autonomía o libertad positiva. En segundo lugar, y conectada a la anterior, Mill reconoce en parte la existencia de circunstancias excepcionales que afectan las decisiones y acciones humanas, que habilitan la no aplicación al principio de daño. Confirmar esto en el pensamiento de Mill permite concluir también que ha existido una interpretación inadecuada del principio de daño: se ha confundido el peso del principio con su alcance en casos concretos^{63 64}. Ciertamente, el principio de daño se aplicaría (aparentemente) para invalidar algunas intervenciones paternalistas, como la actual obligación jurídica de abrocharse el cinturón de seguridad en el uso de un automóvil, a fin de prevenir lesiones corporales graves o la muerte, en caso de accidentes. Sin embargo, el principio, bajo esta interpretación de la libertad, no impide la justificación de otra clase de intervenciones.

8. Libertad como licencia y como independencia

El primer punto a rescatar el sentido que Mill le otorgó a la libertad. Existen dos interpretaciones sobre lo que Mill entendió por libertad⁶⁵: una lectura libertaria o liberal clásica (libertad como licencia) y otra más aproximada al liberalismo igualitario (libertad como independencia). Según la primera lectura del pensamiento de Mill, la libertad alude a los permisos (o ausencia de restricciones) que una persona puede aprovechar, bastante asociada a lo que hoy en día se puede entender como libertad. La segunda interpretación alude a la capacidad o estatus de la persona como un ser independiente, capaz de estar libre de toda forma de subordinación, que se asocia a lo que hoy se entiende por autonomía.

Ambas lecturas tienen consecuencias importantes en la aplicación del principio de daño. Bajo la primera interpretación, todas las medidas que restrinjan la libertad como licencia por el bien del propio sujeto se encontrarían prohibidas por el principio de daño. Sin embargo, no es así en el caso de interpretar la libertad como independencia. Si lo que realmente es valioso en el desenvolvimiento de la libertad humana es la capacidad del individuo para formar la constelación de fines que debe perseguir, además de los medios para lograrlo (y así estar libre de limitaciones internas y externas), entonces ésta no necesariamente tendrá el peso relativo suficiente, frente a otros elementos del bienestar, como la salud física o mental, permitiendo la justificación de algunas pocas medidas paternalistas. La priorización de la libertad como independencia puede apreciarse en toda la obra de Mill. Por ejemplo, cuando menciona constantemente el valor de la individualidad humana, defiende el deber de las instituciones sociales por proteger a las personas vulnerables de la explotación⁶⁶ y la subordinación, o en su insistencia en que se promueva que todos los individuos puedan contar con las herramientas suficientes para perseguir los valores elevados⁶⁷, entre otros ejemplos.

63 Dworkin, *Los derechos en serio*, 374.

64 El principio de daño inclusive, "no dice nada sobre la forma en que ha de distribuir el gobierno los recursos escasos, como los ingresos, la seguridad o el poder, ni siquiera de cómo ha de decidir cuándo se debe limitar la libertad en aras de algún otro valor" (Dworkin, *Los derechos en serio*, 374).

65 Dworkin, *Los derechos en serio*, 376.

66 John Stuart Mill, *El utilitarismo* (Madrid: Alianza Editorial, 2007)

67 Mill, *El utilitarismo*.

Una lectura más detallada al principio de daño permitiría concluir que solo se rechazan de forma general cierto tipo de medidas paternalistas, específicamente, aquellas medidas que afectan la libertad, implican coerción⁶⁸ o coacción⁶⁹ y se encuentran dirigidas al mismo beneficiario, especialmente cuando las conductas son voluntarias. Hay varios ejemplos de medidas paternalistas que no poseen las tres características antes mencionadas. Tómese como ejemplo el caso de un médico que omite decirle a un paciente quien padece de una enfermedad terminal que su menor hija acaba de fallecer en un accidente automovilístico, ante la pregunta sobre la situación de ella, y pese a pedir que se le diga la verdad⁷⁰. La idea de dicha medida es evitar que la persona empeore su situación de salud debido a lo que una trágica noticia pueda ocasionar. La mentira opera como un controlador de un estado individual contra la preferencia del individuo, pero no restringe la libertad de la persona intervenida. Por otro lado, el paternalismo tampoco involucra necesariamente el empleo de coerción ni coacción sobre los individuos. Considérese las campañas públicas informativas sobre los peligros de consumir cigarrillos, sugiriendo que se evite su consumo debido a los daños que puedan ocasionar sobre la salud. Finalmente, el paternalismo no necesita que la intervención vaya dirigida directamente a la persona beneficiaria para que sea considerada como tal. Por ejemplo, tómese en cuenta la prohibición que existe sobre muchos medicamentos para que estos no puedan ser adquiridos si es que no se cuenta con una receta médica. Si bien impide al beneficiario adquirir los medicamentos, se encuentra dirigida específicamente a los vendedores minoristas, quienes poseen una carga legal (sujeta a sanción) de no comercializar medicamentos bajo estas circunstancias. La norma es paternalista porque el objetivo de la prohibición es que los consumidores no se automediquen e incrementen los riesgos de daños a su salud. Tiene como objetivo el bien de los propios beneficiarios.

Una cuestión que puede emerger es la pregunta sobre por qué, pese a que el paternalismo no involucra necesariamente una restricción coercitiva o coactiva de la libertad, ni está dirigida directamente en todos los casos al mismo beneficiario, muchas definiciones han obviado estos rasgos. La razón más evidente que explique este hecho (y que puede derivarse en parte de toda esta investigación) es que los más importantes y primeros autores en la literatura especializada sobre el paternalismo han derivado su definición partiendo del principio de daño de Mill⁷¹. Una lectura de este principio permite percibir que su formulación incluye el ejercicio de coerción y coacción del Estado, elementos distintivos de las intervenciones jurídicas, atándola a acciones sobre los individuos beneficiarios. Con ello, el problema de la definición de paternalismo de muchos filósofos, como Gerald Dworkin, Joel Feinberg, entre otros autores contemporáneos, es que vincularon estrechamente el paternalismo con el Derecho, a tal punto que hubo una relación necesaria entre este tipo de intervenciones y las restricciones sobre la libertad de los individuos. Sin embargo, las restricciones sobre la libertad son una característica importante en los mecanismos de intervención social de naturaleza estrictamente jurídica⁷², pero de ahí no se sigue que esta sea una característica distintiva del paternalismo en general.

68 La coerción en el Derecho puede ser definida como “la amenaza de un castigo legal para que las personas hagan o se abstengan de hacer aquello que el Derecho manda o prohíbe” (Hart, *Derecho, libertad y moralidad*, 143). En un sentido más amplio, según Dieterlen (“Paternalismo y estado de bienestar”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 5 (1988): 181), existiría coerción “cuando una persona no tiene posibilidad de elección, cuando actúa para evitar una amenaza y cuando se satisfacen dos condiciones: 1) que la pena con que se ha amenazado a una persona hace que una acción sea substancialmente menos atractiva para él que otra; 2) la persona cree que se sentiría peor al desafiar la amenaza que al someterse a ella”.

69 La coacción es siempre una interferencia en la libertad de acción de un individuo. Según Berlín (*Cuatro ensayos sobre la libertad* (Madrid: Alianza Editorial, 1998), 220) existe coacción cuando las personas impiden que otra haga lo que podría hacer si no se lo impidieran; o sí, como consecuencia de lo que otras personas hacen sobre la persona coaccionada, se contraiga de forma excesiva el ámbito de su actividad. Asimismo, habrían dos acepciones de coacción, una amplia y una estricta de coacción (Macario Alemany, El paternalismo médico, en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones Actuales*, eds. Marina Gascón, M^a del Carmen González y Josefa Cantero (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 747). En un sentido amplio, la coacción puede ser entendida como “la modificación de un estado (o situación jurídica) de un sujeto, independientemente de sus preferencias al respecto. En un sentido estricto, la coacción es el uso de la coerción física”. Los conceptos de coacción y coerción se entrecruzan en varios aspectos, pero el elemento distintivo del primero es que presupone el uso de la fuerza sobre una persona.

70 Le Grand y New, *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?*, 9.

71 Nicholas Fotion, “Paternalism”, *Ethics*, Vol. 89, N° 2 (1979), 194.

72 Bernard Gert y Charles Culver, “Paternalistic Behavior”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, N° 1 (1979): 45.

9. La diversidad de excepciones en la obra de Mill

Esto conduce al segundo punto a rescatar. Dado que es el valor de la libertad como independencia el que debería priorizarse por la sociedad y por las instituciones, esto explicaría por qué Mill nunca discutió la validez de las medidas paternalistas sobre los niños y adolescentes⁷³, es decir, sobre aquellas personas dentro de la minoridad, son vulnerables tanto interna como externamente. En tanto estos sujetos no poseen el grado suficiente de autonomía (o libertad como independencia), las medidas se encontrarían justificadas. De hecho, son variadas las excepciones que Mill realizaría al principio de daño, confirmando su defensa de la libertad como independencia. Algunas excepciones constituyen medidas paternalistas.

Un ejemplo de medida paternalista legítima según el pensamiento de Mill, que suponen una restricción de la libertad individual, se presenta en aquellos casos donde la persona intervenida se encuentra en un estado de excitación, delirio o distracción (que impida las facultades reflexivas) y se encuentre realizando conductas que incrementen los riesgos de daños a sí misma⁷⁴. Otros ejemplos de medidas justificadas serían la educación sobre los jóvenes⁷⁵, la prevención de elecciones individuales que valoran los beneficios presentes sin considerar los daños en el futuro⁷⁶. El establecimiento de impuestos selectivos al consumo también fue aceptado por Mill⁷⁷ quien sostuvo “es deber del Estado considerar, al establecer los impuestos, cuáles son las sustancias de que el consumidor puede prescindir con más facilidad, a fortiori, y elegir, preferentemente, aquellas cuyo uso, si excede de una cantidad muy moderada, puede serle perjudicial”. Asimismo ocultar información fue considerado por Mill como justificable. En efecto, su obra “El utilitarismo” una regla como la de no mentir puede tener excepciones, “siempre que ello sirva para evitarle un sufrimiento grande e inmerecido a una persona”⁷⁸.

Uno de los ejemplos más discutidos de medida paternalista justificada sería el caso de los contratos de esclavitud, aquellos contratos donde una persona renuncia a su libertad y se somete a la voluntad de la otra parte contratante. Según Mill, un contrato de esa naturaleza sería nulo⁷⁹ debido a que “el fundamento de una tal limitación del poder de voluntaria disposición del individuo sobre sí mismo [...] es el respeto de su libertad”⁸⁰, dado que al venderse como esclavo contradice la propia lógica del valor de la libertad, la cual impide que una persona “sea libre de no ser libre”^{81 82}.

Por otro lado, una de las excepciones no paternalistas al principio del daño, es el famoso ejemplo del puente⁸³. De acuerdo a lo que puede derivarse de este ejemplo, una persona

73 Mill, *Sobre la libertad*, 68.

74 Mill, *Sobre la libertad*, 182.

75 Mill, *Sobre la libertad*, 129.

76 John Stuart Mill, *Principles of Political Economy. With Some of Their Applications to Social Philosophy* (Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2004), 292.

77 Mill, *Sobre la libertad*, 187 - 88.

78 Mill, *El utilitarismo*, 75.

79 Es importante mencionar que con relación a los contratos de esclavitud, existen diversas posiciones con relación a ella. Por ejemplo, Gerald Dworkin (“Paternalism: Some Second Thoughts”, 111) ha sostenido que es válido aplicar el paternalismo en este tipo de casos, no impidiendo la realización de este tipo de contratos, pero sí impidiendo su ejecución en caso de incumplimiento. Por su parte, Luigi Ferrajoli (“Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia”, Vol. I: *Teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2011), 722 y 723), aunque sin discutir específicamente el problema de los contratos de esclavitud, sostiene que la posibilidad de disponer de los derechos de libertad y autonomía para beneficio de otro, socavarían el liberalismo, la democracia y el mercado. Por ello, concluye que es necesario establecer límites a la autonomía de un individuo por su propio bien, aunque esto parezca una paradoja.

80 Mill, *Sobre la libertad*, 190.

81 Mill, *Sobre la libertad*, 190.

82 Como sostiene Feinberg (“Legal Paternalism”, 12-13), “para Mill, a las personas debía permitírseles mutilar sus cuerpos, tomar drogas dañinas, cometer suicidio, dado que la decisión de hacer estas cosas son voluntarias y ninguna otra persona será directa y seriamente dañada. Pero acceder voluntariamente a la esclavitud [era] demasiado [para su] estómago”.

83 Según el famoso ejemplo del puente, “si un funcionario público u otra persona cualquiera viera que alguien intentaba atravesar un puente declarado inseguro, y no tuviera tiempo de advertirle del peligro, podría cogerlo y hacerle retroceder sin atentar por esto a su libertad, puesto que la libertad consiste en hacer lo que uno desee, y no desearía caer en el río” (Mill, *Sobre la libertad*, 181 y 182). Algunos autores, como Cass Sunstein (*Why Nudge? The politics of libertarian paternalism*, 105-107), sostienen que el caso del puente constituye un ejemplo de excepción paternalista

se encuentra justificada de restringir la libertad de otra con el objetivo de evitar un daño no deseado si es que ésta última se encuentra frente a un daño inminente, que desconoce, y en tanto no haya suficiente tiempo para que pueda ser advertida de dicho peligro.

Tomando en consideración prácticamente todos los ejemplos mencionados, puede confirmarse que Mill entendía la libertad en el sentido de independencia, como bien hizo notar Ronald Dworkin. Pero además, confirman que la tesis de que el hombre es el mejor juez de sus propios intereses fue tan solo una regla general en toda su obra. En efecto, una revisión completa de la obra de Mill permite concluir esto sin ninguna duda. En su trabajo *Principios de Economía Política* Mill⁸⁴ estableció que “el fundamento para el principio práctico de no interferencia es que la mayoría de personas poseen una más justa e inteligente visión de sus propios intereses, así como de los medios para promoverlos [...] La máxima es incuestionablemente sólida como regla general, pero no hay ninguna dificultad en aceptar numerosas y sobresalientes excepciones a esta”. Esta afirmación despejaría muchas dudas y permitiría concluir la posibilidad de medidas paternalistas en personas adultas.

10. Conclusiones

John Stuart Mill defendió su rechazo al paternalismo empleando varios argumentos con importantes limitaciones y deficiencias. Destacan el fuerte optimismo en las capacidades de los seres humanos para la auto-regulación, un gran escepticismo sobre la capacidad del sujeto paternalista (el Estado) para diseñar e implementar medidas paternalistas idóneas, el otorgamiento de un peso excesivamente fuerte e irrealista a la autonomía individual, y la apelación a argumentos abstractos con insuficiente sustento empírico.

Asimismo, no es correcto afirmar que John Stuart Mill haya sostenido una tesis anti-paternalista sumamente amplia o casi absoluta. Si bien su famoso principio de daño permite excluir de validez a muchas intervenciones paternalistas, una revisión más detallada de toda su obra permite mostrar que Mill admitió la validez de muchas intervenciones en adultos, como la prevención de elecciones individuales que valoran los beneficios presentes sin considerar los daños futuros, la mentira, la imposición de impuestos selectivos a productos dañinos para las personas, entre otras. Una interpretación de su noción de libertad, entendida como independencia, admitiría la posibilidad de incorporar otras posibles medidas justificadas, que escaparían incluso de lo que el principio de daño buscó excluir de legitimidad.

Debe reconocerse que este es posiblemente un punto de partida no tan controvertible que puede extraerse sobre el trabajo de Mill con relación a su posición en relación al paternalismo. Sistematizar todo el trabajo de Mill para determinar hasta qué punto estuvo en lo correcto y cuándo exactamente admite las medidas de esta naturaleza es una tarea difícil y en cierto modo desalentadora, debido a las variadas interpretaciones que hay sobre su obra. Esto puede deberse a la oscuridad, ambigüedad y aparentes contradicciones en algunos fragmentos relevantes de su trabajo (contradicciones que inclusive uno puede encontrar en este apartado). La interpretación ofrecida aquí no está libre de dicha carga.

Queda también la pregunta de si Mill hubiera modificado su posición (y de qué forma) a la luz de los nuevos avances en la psicología y neurociencia, así como en los progresos de la filosofía moral y jurídica. El hecho que Mill haya sido un empirista y progresista en su época, un personaje clave en la historia de la modernidad, otorga cierta plausibilidad a una respuesta afirmativa a la primera cuestión. La segunda interrogante es mucho más difícil (por no decir imposible) de responder, por lo que se dejará a las consideraciones de cada lector.

al principio de daño. Aquí se sostendrá que no es así, dado que en este caso de lo que se trata es de detener a la persona para informarle sobre la condición del puente, para que luego tome la decisión de cruzarlo o no; distinto del paternalismo, que tiene como objetivo evitar que la persona se genere un daño a sí misma u obtenga un beneficio.

84 Mill, *Principles of Political Economy. With Some of Their Applications to Social Philosophy*, 290.

11. Bibliografía

Alemanya, Macario. 2005a. El concepto y la justificación del paternalismo. Tesis de doctorado en Derecho. Facultad de Derecho - Universidad de Alicante.

_____. 2005b. El concepto y la justificación del paternalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28.

_____. 2011. El paternalismo médico. En *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones Actuales*, eds. Marina Gascón, M^a del Carmen González y Josefa Cantero (Valencia: Tirant lo Blanch).

Alexy, Robert. 2012 [1986]. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2^a reimpresión. 2^a edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alkire, Sabina y Séverine Deneulin. 2000. *Individual Motivation, its Nature, Determinants and Consequences for within Group Behaviour*. The United Nations University - World Institute for Development Economics Research.

Atienza, Manuel. 1988. Discutamos sobre paternalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 5.

_____. 2010 [2004]. *Bioética, Derecho y argumentación*. 2^a edición ampliada. Lima - Bogotá: Palestra - TEMIS.

Beauchamp, Tom y James Childress. 2013. *Principles of Biomedical Ethics*. 7^a edición. New York: Oxford University Press.

Bentham, Jeremy. 1973 [1781]. *The principles of morals and legislation*. New York: Hafner

Berlin, Isaiah. 1998 [1969]. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

Berns, Gregory; Jonathan Chapelow, Caroline Zink, Giuseppe Pagnoni, Megan Martin-Skurski y Jim Richards. 2005. Neurobiological Correlates of Social Conformity and Independence During Mental Rotation. *Biological Psychiatry*.

Blumenthal - Barby, J. S. y Hadley Burroughs. 2012. Seeking Better Health Care Outcomes: The Ethics of Using Nudge. *The American Journal of Bioethics* 12:2.

Buchanan, David. 2008. Autonomy, Paternalism, and Justice: Ethical Priorities in Public Health. *American Journal of Public Health*, Vol. 98, N° 1.

Camerer, Colin. 2006. Wanting, Liking, and Learning: Neuroscience and Paternalism. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73. N° 1.

Camerer, Colin; Samuel Issacharoff; George Loewenstein; Ted O'Donoghue y Matthew Rabin. 2003. Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for asymmetric paternalism. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151. N° 3.

Conly, Sarah. 2013. *Against autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press.

Cornejo, Leandro. 2016. Paternalismo y protección de la salud: el paternalismo en salud pública. Tesis de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho - Pontificia Universidad Católica del Perú.

De Lora, Pablo. 2008. Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces. *Enrahonar*, 40/41.

De Lora, Pablo y Marina Gascón. 2008. *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Madrid: Alianza Editorial.

Dieterlen, Paulette. 1988. Paternalismo y estado de bienestar. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5.

Dworkin, Gerald. 1983a (1971). Paternalism. En *Paternalism*, coord. Rolf Sartorius. Minneapolis: University of Minnesota Press.

_____. 1983b. Paternalism: Some Second Thoughts. En *Paternalism*, coord. Rolf Sartorius. Minneapolis: University of Minnesota Press.

_____. 1997 [1988]. *The Theory and Practice of Autonomy*. New York: Cambridge University Press.

_____. 2005. Moral Paternalism. *Law and Philosophy*, Vol. 24. N° 3.

_____. 2013. Defining paternalism. En *Paternalism. Theory and Practice*, eds. Christian Coons y Michael Weber. New York: Cambridge University Press.

Dworkin, Ronald. 2012 [1977]. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Feinberg, Joel. 1983 [1971]. Legal Paternalism. En *Paternalism*, ed. Rolf Sartorius. Minneapolis: University of Minnesota Press.

_____. 1985. *Offense to Others (The Moral Limits of the Criminal Law)*. New York: Oxford University Press.

_____. 1986. *Harm to self (The Moral Limits of the Criminal Law)*. New York: Oxford University Press.

Ferrajoli, Luigi. 2011 [2007]. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. I: *Teoría del derecho*. Madrid: Trotta.

Fotion, Nicholas. 1979. Paternalism. *Ethics*, Vol. 89, N° 2.

Gert, Bernard y Charles Culver. 1976. Paternalistic Behavior. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 6, N° 1.

Glaeser, Edward. 2006. Paternalism and Psychology. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73. N° 1.

Guisán, Esperanza. 2000. El utilitarismo. En *Historia de la Ética*. Barcelona: Crítica.

Grill, Kate. 2013. Paternalism and libertarian paternalism. En *Ethics in Public Health and Health Policy*, eds. Daniel Strech, Irene Hirschberg y Georg Marckmann. Dordrecht: Springer.

Hannikainen, Ivar. 2007-09. Autonomía, libertad y bienestar: sobre la justificación del paternalismo legal. *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, XVI/1.

Hart, Herbert. 2006 [1963]. *Derecho, libertad y moralidad*. Madrid: Dykinson.

Hausman, Daniel y Michael McPherson. 2007 [1996]. *El análisis económico y la filosofía moral*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica - Centro de Investigación y Docencia Económicas.

Hayek, Friedrich. 1991 [1959]. *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.

Le Grand, Julian y Bill New. 2015. *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?* Princeton: Princeton University Press.

McIntyre, Alasdair. 2004 [1984]. *Tras la virtud*. 2a edición. Barcelona: Crítica.

Mason, Thaddeus. 2005. Is Public Health Paternalism Really Never Justified? A Response to Joel Feinberg. *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 30.

Mill, John Stuart. 2004 [1848]. *Principles of Political Economy. With Some of Their Applications to Social Philosophy* (Versión reducida. Editado por Nathanson, Stephen). Indianapolis: Hackett Publishing Company.

_____. 2007 [1863]. *El utilitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.

_____. 2009a [1859]. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

_____. 2009b [1874]. *La utilidad de la religión*. Madrid: Alianza Editorial.

Mitchell, Gregory. 2005. Libertarian paternalism is an oxymoron. *Northwestern University Law Review*, Vol. 99, N° 3.

Nino, Carlos. 2007 [1989]. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea.

Nozick, Robert. 2012. *Anarquía, Estado y utopía*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Nussbaum, Martha. 2007. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.

Prieto, Luis. 2003. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Rachels, James. 2009 [2003]. *Introducción a la filosofía moral*. 1ª reimpression (1ª edición). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Rachlinski, Jeffrey. 2003. The uncertain psychological case for paternalism. *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, N° 3.

Ramiro Avilés, Miguel. 2006. *Avueltas con el moralismo legal*. En *Derecho, libertad y moralidad*, ed. Herbert Hart. Madrid: Dykinson.

Sandel, Michael. 2000 [1982]. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa.

_____. 2012 [2009]. *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debolsillo.

Sartorius, Rolf 1983. Introduction. En *Paternalism*, ed. Rolf Sartorius. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Sen, Amartya. 2000 [1999]. *Desarrollo y libertad*. Bogotá: Planeta.

Stephen, James Fitz - James. 1874. *Liberty, Equality, Fraternity*. 2a edición. Londres: Smith, Elder & Co.

Sunstein, Cass. 2013. Behavioral Economics and Paternalism. *The Yale Law Journal*, 122.

_____. 2014. *Why Nudge? The politics of libertarian paternalism*. New Haven - London: Yale University Press.

Taylor, Charles. 1996 [1989]. *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Barcelona: Paidós.

Thaler, Richard y Cass Sunstein. 2003. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Vol. 93, N° 2.

_____. 2009 [2008]. *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*. México. D.F.: Taurus.

Trout, J. D. 2005. Paternalism and cognitive bias. *Law and Philosophy*, Vol. 24, N° 4.

Veetil, Vipin. 2011. Libertarian paternalism is an oxymoron: an essay in defense of liberty. *European Journal of Law and Economics*. 31.

Wiley, Lindsay, Micah Berman y Doug Blanke. 2013. Who's Your Nanny? Choice, Paternalism and Public Health in the Age of Personal Responsibility. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 41, Suppl. 1.