

La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común

Tomás Prieto ÁLVAREZ*

SUMARIO: 1. La libertad individual y su limitación. 1.1. Los derechos humanos y el derecho general de libertad: Chesterton y Shaw 1.2. La democracia y los fines (no “paternales”) del Estado y el bien común 1.3. Respuestas posibles ante la intervención del Estado en la libertad individual. 2. La respuesta antipaternalista del liberalismo: aciertos y errores 2.1. Los aciertos del liberalismo: la limitación del Estado. El antipaternalismo de John Stuart Mill y los discursos del liberalismo contemporáneo. 2.2. Los errores liberales: individualismo y relativismo moral. *A. Individualismo. B. Relativismo moral.* 3. El paternalismo como justificador de intervenciones del Estado en la libertad individual. 3.1. La explicación paternalista del intervencionismo estatal en la libertad individual *A. El paternalismo estatal en general, y el no moralista en especial.* 1. Concepto de paternalismo del Estado. 2. Justificación del paternalismo. 2.1. La incompetencia básica del sujeto. 2.2. El consentimiento: preservación de la autonomía. *B. El paternalismo moral.* 3.2. Crítica al enfoque paternalista. *A. Crítica al paternalismo no moralista. B. Crítica al paternalismo moral.* 4. Las claves de la intervención pública limitadora de la libertad individual propuestas por el autor. 4.1. La autonomía privada (personal y familiar), patrón y límite de la intervención pública. *A. explicación de la tesis: dignidad humana, derechos de libertad y autonomía de las personas. B. Una autonomía individual limitada: deberes para con uno mismo y deberes para con la sociedad (remisión.).* 4.2. El principio *alterum non laedere* y el valor del consentimiento de la víctima. *A. Punto de partida: no está justificado el daño a otro. B. el valor del consentimiento de la víctima de los daños.* 4.3. Condición radicalmente social del ser humano y los daños y costes sociales de su actuación privada. 4.4. El bien común. *A. El fin del Estado: bien común, interés público, interés general... al servicio de la persona humana. B. Componentes del bien común. En especial, el elemento moral. C. Unas fronteras requeridas de precisiones: Derecho público y Derecho privado, interés público e interés privado*

RESUMEN: Se aborda en este trabajo la capacidad del Estado para interferir en las libres decisiones de las personas. Se trata, en primer lugar, la respuesta del liberalismo, con aspectos positivos y omisiones en puntos esenciales. En segundo lugar, la propuesta de paternalismo del Estado, promovido en particular por filósofos del Derecho, que se critica abiertamente. Frente a estas propuestas, se profundiza en las que se consideran las claves de esta problemática: el principio de daño a tercero, la condición social del ser humano y el concepto de bien común.

PALABRAS-CLAVE: 1. Libertad individual. 2. Limitación de la libertad. 3. Principio de daño. 4. Liberalismo. 5. Paternalismo. 6. Bien común.

ENGLISH TITLE: *The intervention of State in the individual freedom. Liberalism, paternalism, common good.*

ABSTRACT: *This paper analyses the capacity of the State to interfere in the free choices of the people. Firstly, the response of the liberalism is analysed considering the positive aspects and the omission ones in the essential*

* Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad de Burgos (España)

points. Secondly, the paternalistic proposal of the State is analysed, proposed by Law Philosophers and it is criticized clearly. In opposition to their positions, it is studied intensely the keys of this problematic: the harm principle, the social condition of human being and the concept of common good.

KEYWORDS: Individual freedom; limitation of the freedom; harm principle; liberalism; paternalism; common good.

SUMMARY: 1. The individual freedom and its limits. 1.1. Human rights and the general right of freedom: Chesterton and Shaw. 1.2. The democracy and the non-paternalistic objectives of the State and the common good. 1.3. The possible responses to the intervention of the State in the individual freedom. 2. The antipaternalistic response of the liberalism: successes and failures. 2.1. The successes of the liberalism: the limits of the State. The antipaternalism of John Stuart Mill and the conferences of the contemporary liberalism. 2.2. The failures of liberalism: Individualism and moral relativism. A. Individualism. B. Moral relativism. 3. The paternalistic attitude as a way to justify the interventions of the State in the individual freedom. 3.1. The paternalistic argument of the intervention of the State in the individual freedom. A. The paternalism of the State in general and the non moralist in particular. 1. The concept of paternalism of the State. 2. The justification of the paternalism. 2.1. The basic incompetence of the subject. 2.2. The consent: the preservation of the autonomy. B. The moral paternalism. 3.2 The critical view to the paternalistic position. A. The critical view to the non moral paternalism. B. The critical view of the moral paternalistic. 4. The keys of the public intervention of the individual propositions by the author. 4.1. The personal and familiar autonomy, supporter and limit of the public intervention. A. Explanation of the thesis: Human dignity, rights of freedom and autonomy of the people. B. An individual autonomy restricted: The duties for oneself and the duties for the society (remission). 4.2. The alterum non laedere and the value of the consent of the victim. A. The starting point: the damage to other person is not justified. B. The value of the consent of the victim of damages. 4.3. The essentially social condition of human being and the damages and social costs of their personal actions. 4.4. The common good. A. The goal of the State: the common good, the public interest, the general interest... to the service of the people. B. The elements of the common good, specially the moral factor. C. The limits required of the concepts: Public Law and Private Law, public interest and private interest.

1. La libertad individual y su limitación

1.1. Los derechos humanos y el derecho general de libertad: Chesterton y Shaw

Es sabido que Gilbert K. Chesterton y Bernard Shaw han sido dos de los grandes polemistas del siglo XX; o al menos de la florida literatura inglesa de la pasada centuria. No pocas veces rivalizaron entre ellos —sin paños calientes en ocasiones—, aunque esas disputas no empañaron su amistad. Pues bien, uno de sus debates se centró en la capacidad del Estado para interferir en las libres decisiones de las personas. El siempre ocurrente Chesterton, en una intervención radiofónica, sostuvo

que el hombre libre “es el que se ocupa de sí mismo”, de modo que “puede causarse daño y de hecho lo hace; puede fumar demasiado, beber demasiado, trabajar en exceso, pasear poco; puede pasar hambre de manera fanática, bien por ayunar o bien por adelgazar... pero es él (o ella) el que decide”. Frente a lo cual el premio Nobel Shaw afirmó que “a mí no me interesa la libertad tanto como al señor Chesterton, pues a mi juicio es evidente que la civilización está siendo destruida por la libertad monstruosamente excesiva que concedemos al individuo”¹. Visiones e imputaciones estas, positivas y negativas, de la libertad de las personas que casi dos siglos antes había aunado Immanuel Kant en una sentencia lapidaria: “La libertad es, pues, el valor interno del mundo. Pero, por otro lado, en tanto no se vea restringida a ciertas reglas condicionantes de su uso, la libertad es lo más espantoso que uno pueda imaginarse”².

Sirvan estas alusiones literarias y filosóficas para presentar nuestro tema de investigación, que, como ilustran las valoraciones referidas, se centrará en la libertad individual o personal —entendida como un bien o derecho, específico del hombre, radicado en su razón y en su voluntad, que le permite disponer o decidir sobre sí mismo—, así como en su eventual limitación por parte de los poderes públicos. Porque tratar de este derecho a ser libre comporta, necesaria e inescindiblemente, abordar también la posibilidad de los poderes públicos, gestores de la sociedad, de entrometerse en esa libertad individual; fundamentalmente para protegerla —su más excelsa misión—, pero también para limitarla, lo que siempre resulta problemático. En este sentido, ha escrito el influyente filósofo del Derecho contemporáneo Joseph Raz que “nuestra cultura combina la devoción por la libertad individual con fuertes desacuerdos acerca de sus límites”³. O como subrayó hace tres décadas el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, “el papel de las ciencias jurídicas estriba, en buena medida, en dar por resuelta esta arriesgada pero apremiante cuestión de los límites [de los derechos y libertades]”⁴.

Me propongo, pues, en este trabajo responder a la pregunta que subyace en la polémica de nuestros literatos “invitados”: ¿dónde está el equilibrio adecuado entre la libertad personal —sagrada para Chesterton— y la preservación de la civilización —prioridad para Shaw—? Libertad de las personas y papel limitador del Estado constituirán, pues, nuestro binomio de estudio. Advierto que las coloco en un orden no aleatorio; y es que, casi instintivamente —y más adelante insistiré en ello— uno otorga a la libertad el “papel central en nuestra cultura” —como escribió también Joseph Raz—, y la sitúa en la clave de bóveda de nuestro sistema jurídico. Y no solo de él...

Creo que esta centralidad de la libertad en el discurso de los derechos humanos la reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948. En sus

¹ Relato tomado del libro biográfico de Joseph PEARCE sobre el primero de los escritores citados: *G.K. Chesterton. Sabiduría e inocencia*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1998, p. 565.

² KANT, I., “Ethica”, ensayo publicado en España, junto con otro trabajo del autor, en un libro titulado *Lecciones de ética*, Editorial Crítica, Barcelona, 1988, p. 161.

³ RAZ, J., “Liberalismo, escepticismo y democracia”, artículo publicado por primera vez en Estados Unidos en 1989. La versión española (traducción María Luisa Melon) se incluye en un libro que recoge distintos trabajos del autor, publicado en España bajo el título *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001 (lo citado en p. 109).

⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Derechos fundamentales en cuestión (¿Puede un juez ordenar una transfusión de sangre en peligro de muerte, aun en contra de la voluntad del paciente?)”, *Poder Judicial*, n° 13, 1984, p. 31.

lugares de honor se dice que “la *libertad*, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (primer considerando); que “todos los seres humanos nacen *libres* e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1); y que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la *libertad* y a la seguridad de su persona” (artículo 3). Y es que puede decirse que la libertad es la primera característica del ser humano, a causa de su racionalidad. O la más elemental derivación de la dignidad intrínseca a la condición de persona. Hasta tal punto que para Prieto Sanchís —sin duda un referente doctrinal— cabe decir que, desde una perspectiva muy general, “todos los derechos sirven a la libertad y, en último término, a la dignidad humana”⁵. Ciertamente, puede también sostenerse, en buena ley, que el derecho a la vida constituye el primigenio y más básico derecho humano, sin el cual ni la libertad ni ningún otro derecho puede ejercitarse (y hasta puede deducirse esta jerarquización de la ubicación del derecho a la vida a la cabeza del citado artículo 3 de la Declaración Universal, por delante de la libertad). Pero, a la vez puede muy legítimamente considerarse este derecho a la vida como un “derecho de libertad” más (así lo hace el profesor citado⁶).

Genéricamente, se entiende por *derechos de libertad* —frente a los “derechos de prestación”— aquellos que miran a un pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual, de modo que la posesión de tales derechos impone una actitud de abstención por parte de los poderes públicos. Dentro de esta categoría, además del citado derecho a la vida —y a la integridad física y moral—, pueden encuadrarse las grandes libertades constitucionales (ideológica, religiosa y de culto, de residencia y circulación, de expresión, de enseñanza, de objeción de conciencia, de huelga, de propiedad privada, etc.).

Pero junto a estas libertades concretas (o derechos de libertad), o en su misma base, la jurisprudencia constitucional y la doctrina patrias, a la vista de la proclamación en el artículo 1.1 CE de la libertad como el primer valor superior de nuestro ordenamiento jurídico⁷, han reconocido la existencia de un *derecho general de libertad* o *principio general de libertad*: una cláusula genérica que operaría como soporte a aquella referida autonomía individual, una genérica libertad de acción más allá de las específicas libertades garantizadas en la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 83/1984, de 24 de junio, sentó que este “principio general de libertad”, que la Constitución consagra en su artículo 1.1, “autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas”. Este principio general ampararía, *prima facie*, dice Tomás-Valiente, multitud de conductas que no han recibido expresa protección como derechos

⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 127.

⁶ Para él, dentro de la categoría general de derechos de libertad cabe distinguir entre aquellos que suponen un ejercicio efectivo de la libertad (es decir, que se concretan en un actuar humano), de aquellos que protegen un fin específico (como la vida o la integridad física, que constituyen el presupuesto esencial de un régimen de libertades, y que los denomina “garantías individuales”).

⁷ Procede recordar, en este punto, que parte de la doctrina entiende que los valores superiores reconocidos en el artículo 1.1 CE pueden reconducirse al de la libertad. Así lo consideran PECES-BARBA, G. en *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 115 y ss., y PRIETO SANCHÍS, L., op. cit., p. 161.

fundamentales e implicaría una prohibición al poder público de imponer a la libertad restricciones no razonables, arbitrarias o desproporcionadas⁸.

En esta y otras proclamas constitucionales se fundamenta, pues, el principio de autonomía de las personas, principio que permite a cada cual configurar a su libre albedrío su existencia (como pude expresar en otro lugar⁹); u organizar esta del modo que le parezca más oportuno, siempre que ello no lesione a terceros (Prieto Sanchís); o realizar una libre elección individual de planes de vida y una adopción de ideales de excelencia humana (Nino¹⁰). Esta elemental libertad individual será nuestro punto de partida, desde el momento en que colocamos al principio *pro libertate* a la cabeza de cuantos rigen la actuación de los poderes públicos. Podríamos decir, de entrada, que según nuestro ordenamiento jurídico Chesterton tenía razón...

Pero Shaw también tenía las suyas... Decíamos que hablar de la libertad implica hablar de su limitación. El primer motivo para esta limitación de la libertad individual parece claro y acaba de apuntarse: que las libres elecciones de las personas no lesionen a terceros. ¿Pero hay más posibilidades de limitación?, ¿y si no se produce un daño —al menos un daño directo— a los demás? Una concepción “de máximos” del principio de autonomía sostiene que en ningún caso cabe interferir en acciones que se nos presentan como inofensivas para los terceros. Estamos ante una concepción jurídica —propia del liberalismo puro, ya lo adelanto— desconectada de cualquier contenido axiológico del Derecho y ayuna de valoración alguna de la incidencia social de las acciones humanas. Se trata de una concepción que olvida que el Derecho se fundamenta —y las intervenciones públicas se justifican— en los inescindibles principios de individualidad (que atiende y tutela a los derechos y los intereses individuales o personales) y socialidad (que mira a lo general o común); principios estos que “entretejen y constituyen la condición personal del ser humano, única razón de ser de lo jurídico”¹¹.

Es patente, pues, que se nos presenta con alambicado problema jurídico: frente a aquella opción abstencionista estrictamente liberal, pretendo indagar en las razones —de bien común o de interés general, lo anticipo— que justifican la interferencia pública en la autonomía de las personas. Creo, en definitiva, que bien plantea la cuestión el profesor Prieto Sanchís cuando dice que “el que exista un derecho general de libertad no convierte en legítima cualquier conducta que el sujeto pueda realizar, ni deja inermes a los órganos estatales para proteger bienes o valores sociales o para ejecutar su política jurídica”¹².

⁸ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales”, en *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 67.

⁹ PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona, núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de las libertades públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 202.

¹⁰ NINO, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, 1989, p. 204.

¹¹ Palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., en *Derecho Público y Derecho Privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, discurso ante la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, editado por la propia Academia, Valladolid, 2009. La primera parte de este trabajo se ha publicado también en la *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel), nº 26, 2011: haré las citas de este trabajo tomándolas de esta versión electrónica; vid. p. 9.

¹² Op. cit., p. 163.

En el desarrollo de esta idea nuclear necesitaremos precisar aquel *daño a terceros* como límite a la libertad individual, cuyos contornos y consecuencias no siempre se presentan diáfanos. Pero habremos de comprobar, sobre todo, que la limitación de la autonomía de las personas presenta especiales dificultades cuando, en principio, en el ejercicio de dicha autonomía no se afecta a sus conciudadanos (recuérdense los ejemplos que citaba Chesterton). Algunos autores sostienen que el Estado puede intervenir en determinadas condiciones sobre la libertad de las personas —limitándola—, con el objeto de protegerlas, incluso contra ellas mismas —contra un ejercicio irresponsable de la propia libertad, podríamos decir—; y que en estos casos el poder público estaría ejerciendo lo que se ha denominado “paternalismo” estatal, que más tarde detallaremos. Por mi parte, si decía que “en principio” esos comportamientos no afectaban a los demás es porque entiendo que una de las claves (y las dificultades) en este punto está, precisamente, en determinar en qué medida los comportamientos personales afectan o no a la colectividad.

Libertad personal e intervención pública, pues; pero sin perder de vista la primacía de la primera, de modo que la misión de los poderes públicos de proteger a las personas o a la colectividad no agosten la primigenia característica del hombre, su libertad.

1.2. La democracia, los fines (no “paternales”) del Estado y el bien común

Como manifestación del papel central de la libertad, nos dice el filósofo Alejandro Llano que “la única configuración justa de una sociedad es aquella que reconoce la relevancia pública de la libertad concertada de sus miembros”; a lo que añade: “estas son, ante todo, las señas de identidad de la democracia, la cual —sin embargo— no se ve exenta del riesgo que lleva a someter a las personas y comunidades solidarias a ese ‘inmenso poder tutelar’ anticipado ya por Tocqueville”¹³. Y es que el Estado puede tutelar tanto a sus ciudadanos que los prive ilegítimamente de su libertad.

Un mérito indudable en la preservación de la libertad individual ha de reconocerse a la doctrina conocida como *liberalismo*. Me parece necesario reconocer un núcleo intachable en él, en la medida que reconoce la libertad como clave de bóveda del Estado de Derecho y confina, con ello, el poder limitador de los poderes públicos. Es más, se ha dicho que el concepto de Estado de Derecho emerge aliado al contenido propio del liberalismo¹⁴. En este sentido, me parecen ilustrativas las palabras de un férreo crítico del liberalismo como es el iusfilósofo norteamericano contemporáneo Robert P. George. Discípulo de los afamados John Finnis y Joseph Raz, George comienza un libro que publicó en 1993 de esta manera: “Cualquier crítico del pensamiento político y moral liberal que aspire a ser mínimamente imparcial debe empezar por reconocer francamente las genuinas contribuciones de la tradición liberal a la identificación y

¹³ LLANO, A., *Humanismo cívico*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 8.

¹⁴ Vid., en la doctrina brasileña, el trabajo de STRECK, L.L. y BOLZAN DE MORAIS, J.L., *Ciência política & teoria do Estado*, 8º ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014, p. 95.

protección de las valiosas libertades humanas”¹⁵. En particular, me parece plausible el afeamiento que el liberalismo ha hecho de la actitud paternalista por parte del Estado (trátese de un paternalismo físico o moral), que desconoce, en último término, el fin del Estado.

Frente a estos méritos del liberalismo, nos corresponderá en estas líneas denunciar sus aspectos nocivos. Pero lo haremos de una manera breve, esquemática. Esto en la medida en que tal tarea —más propia de un prisma filosófico que jurídico— parece ya más que realizada. De modo que he de reconocer, sin ambages, que uno de los móviles inspiradores de este trabajo lo constituye contrarrestar los argumentos de quienes proponen una justificación paternalista en la intervención estatal en la libertad individual. Como acabo de afirmar, concordaré en este propósito con los liberales; pero, más allá de esta inicial coincidencia, lo que considero como sus extravíos doctrinales nos conducirán a conclusiones que nos sitúan, en muchos casos, en sus antípodas.

Con el propósito de desvirtuar esta “propuesta paternalista” partiré de una idea de larga tradición, que suscribo sin fisuras: el fin del Estado es la satisfacción del bien común. Este constituye —nos dijo José Ortiz Díaz hace 60 años— “el fin de la comunidad política estatal o internacional”¹⁶. Este administrativista ilustre, al examinar “la aportación de la función administrativa” a este fin (“el Estado no tiene el monopolio del bien común”, nos previene), señaló que se puede exigir a los poderes públicos “la satisfacción de una serie de necesidades de interés general y colectivas”. Es claro que estas necesidades —y los consiguientes servicios públicos— no han hecho sino aumentar con el paso del tiempo¹⁷. Pero para advertir de los riesgos de lo que él mismo calificaba como “socialismo del Estado” —que consideraba plenamente suscribible “en su ortodoxa orientación y acción”—, escribió lo siguiente: “Empero este socialismo del Estado (...) ha corrido ya, y aun quizá corra más, el peligro de degenerar en el más funesto de los totalitarismos, cuando el Estado, identificándose con la sociedad, la recubre, y absorbe la total satisfacción del bien común, y transforma toda la actividad social en pública”. Las consecuencias serían muy negativas para la libertad y la privacidad de las personas.

Para que esas ineludibles responsabilidades públicas de atención de necesidades colectivas no aboque al referido totalitarismo no puede sino repararse en que el fin del Estado no es, no puede ser, al menos de manera directa (me remito a cuanto se dirá más adelante), cuidar —en lo físico— o hacer mejores —pienso en lo moral— a los hombres, como si se tratase de un padre de familia. El bien común, afirmó también Ortiz Díaz, requiere “el establecimiento de aquel supuesto de condiciones que hagan posible la práctica de la virtud”; lo que precisa más delante de esta manera: “la

¹⁵ La versión original inglesa del libro de GEORGE, *Marking Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, se publicó en 1993 por Oxford University Press. Fue publicado en castellano (traducción de Carmen Ruiz) en 2002 con el título *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid. Lo citado corresponde a la página 11.

¹⁶ Vid. ORTIZ DÍAZ, J., “El bien común y la Administración Pública”, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. I: *Derecho Administrativo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1954, p. 464.

¹⁷ ORTIZ DÍAZ, citando en esto a GARCÍA OVIEDO, recuerda que “todo en nuestros días propende a ser organizado para que rinda el máximo tributo al bien y al bienestar” (p. 475). Huelga advertir que las exigencias del calificado como Estado del bienestar se han multiplicado en las seis décadas transcurridas desde entonces.

Administración Pública cubre, más exactamente, arbitra, facilita a cuantos carecen de ellos, los medios idóneos para la satisfacción de necesidades individuales que tienen carácter general o colectivo individualmente sentidas, en la medida en que la iniciativa particular o la sociedad devienen insuficientemente para satisfacerlas”.

De cuanto acaba de exponerse se deriva que “no es misión del Estado —ha escrito Joseph Ratzinger— traer la felicidad a la humanidad”. A lo que añade: “Ni es competencia suya crear nuevos hombres. Tampoco es cometido del Estado convertir el mundo en un paraíso y, además, tampoco es capaz de hacerlo. Por eso, cuando lo intenta, se absolutiza y traspasa sus límites”¹⁸. Y esto sea con el despotismo blando de Tocqueville o con el totalitarismo de los dictadores. El Estado tiene un fin más modesto, pero más acorde con la dignidad y libertad humanas. Así, afirma también Ratzinger, “la tarea del Estado es mantener la convivencia humana en orden, es decir, crear un equilibrio entre libertad y bien que permita a cada hombre llevar una vida humana digna”; “podríamos decir —concluía el eminente profesor alemán— que [el Estado] garantiza el derecho como condición de libertad y el bienestar generales”.

El Estado mira, pues, al mantenimiento de un orden social básico —*temporalis tranquillitas civitatis*—, que se erige en su “función esencial” o “el mismo fin del poder público”, en palabras del maestro Villar Palasí¹⁹. Desacreditado hoy en día un Estado providencial y omnipresente, que aparece ahora frenado en su dimensión e incisividad por principios *pro libertate* como los de subsidiariedad e intervención mínima, parece lógico concluir que “la primera de las actividades integrantes del cometido propio del Estado es el establecimiento de las *leyes que regulan la convivencia* para que esta sirva al bien común...”²⁰. Expresado de otra manera: compete en primer lugar al poder público garantizar el libre desarrollo en sociedad de los derechos y libertades individuales, asegurando un ejercicio de estos sin daño recíproco y para el bien común.

Volviendo al paternalismo estatal, que aquí pretendo desautorizar, creo no equivocarme si afirmo que ninguna de las leyes españolas lo invocan como razón de ser de sus determinaciones en materia de intervención pública en las libertades individuales —sea en vista a su protección o a su limitación—. Ni siquiera lo hace la exposición de motivos de norma alguna. También pienso que tal invocación permanece inédita entre los administrativistas y —que yo sepa— entre los constitucionalistas españoles cuando abordan el papel del poder público en relación con cualesquiera derechos fundamentales. Por tanto, los estudiosos del Derecho Público en España no se han ocupado de desactivar estas argumentaciones justificativas de la intervención estatal “paternalista”. Siendo esto así, y teniendo en cuenta que una parte importante de los filósofos del Derecho —primero foráneos y luego españoles— parecen aceptarlas acríticamente, pienso que aportar razones para rechazar, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el paternalismo como tarea del Estado y, en concreto, como

¹⁸ RATZINGER, J., “El significado de los valores morales y religiosos en la sociedad pluralista”, en el libro *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, colección de ensayos del mismo autor, Rialp, Madrid, 2000, 3ª ed., p. 90.

¹⁹ VILLAR PALASÍ, J. L., “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, *Revista de Administración Pública*, nº 16, 1955, p. 40.

²⁰ “...sin impedir ni anular la iniciativa privada”. Así concluye el filósofo Antonio MILLÁN-PUELLES su razonamiento, dirigido en particular a combatir un “estatismo” en lo económico que suplante la espontánea iniciativa privada, pero que concreta, en general, la tarea más propia de todo Estado (Vid. *De economía y libertad*, Universidad de Piura, 1985, p. 140).

justificador de las intervenciones públicas en la libertad individual, sí supone un ejercicio de originalidad científica, que pretendo acometer aquí.

A la vez, en la medida en que estas “paternales” propuestas doctrinales han empezado a obtener cierto eco en alguna alta instancia jurisdiccional, pienso que es importante aportar el oportuno antídoto en prevención de que aquellas tomen mayor cuerpo. Estoy pensando, en concreto, en la Corte Constitucional colombiana y en el Tribunal Constitucional peruano. Baste en estos momentos una somera referencia a ambos.

La Corte colombiana, en su sentencia C-309/97, de 25 de junio de 2007 (fundamento jurídico 9), al enjuiciar la obligación normativa del cinturón de seguridad en los vehículos, afirmó que el tribunal optaba por no acoger el término “paternalismo”; pero lo cierto es que el argumento para no hacerlo era extraordinariamente endeble: no lo acogía “por cuanto si bien en la teoría ética la expresión ‘paternalismo’ puede recibir una acepción rigurosa, en el lenguaje cotidiano esta denominación tiene una inevitable carga semántica peyorativa, pues tiende a significar que los ciudadanos son menores de edad, que no conocen sus intereses, por lo cual el Estado estaría autorizado a dirigir integralmente sus vidas. Por ello, esta Corporación ya había advertido que por la vía benévola del paternalismo se puede llegar a la negación de la libertad individual, ya que se estaría instaurando un Estado protector de sus súbditos, que conoce mejor que estos lo que conviene a sus propios intereses y hace entonces obligatorio lo que para una persona libre sería opcional”. No tardó el Pleno del Tribunal, con un cuerpo de magistrados totalmente renovado, en admitir la “teoría del paternalismo jurídico”, en concreto en su sentencia C-930/08²¹; lo que reiteró con mayor nitidez en la C-639/10 (en la que se valoraba si la prohibición de venta de cigarrillos por unidad vulneraba el derecho de autodeterminación personal).

En la misma línea, procede advertir que el Tribunal Constitucional de Perú también ha acogido recientemente el argumento paternalista en su sentencia de 19 de julio de 2011, al enfrentarse a la constitucionalidad de la Ley general de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, bien que con un interesante voto particular disidente al que luego me referiré.

1.3. Respuestas posibles ante la intervención del Estado en la libertad individual

En las páginas anteriores he ido refiriendo las que podemos considerar como posibles respuestas jurídicas a esta problemática intervención del Estado configuradora o limitadora de la libertad del ciudadano: condensémoslas ahora, para detallarlas más adelante.

²¹ En estos términos: “pese a reconocer la corrección de la aclaración hecha antaño por la Corte sobre la utilización del vocablo ‘paternalismo’, la Sala considera que el estado actual de la jurisprudencia de esta Corporación permite que dicha denominación contribuya a poner de presente la relevancia constitucional del tema, para justificar un control de constitucionalidad más intenso y cuidadoso sobre las medidas de corte paternalista”.

a) La respuesta del *liberalismo* clásico solo atribuye al Estado capacidad de restricción de la autonomía de las personas si estas, en su actuación, ocasionan un daño a terceros. Donde no se produzca un daño directo a otro, el Estado no puede interferir en las decisiones libres de sus ciudadanos, incluso cuando estos persigan finalidades del todo nocivas para ellos. Por ello, se dice que el liberalismo es, por esencia, antipaternalista. John Stuart Mill permanece, intemporalmente, como su referencia teórica, aunque sus posturas han conocido radicales “vueltas de tuerca” en la doctrina contemporánea, fundamentalmente anglosajona.

b) Otros autores —por lo que he podido ver, en su casi totalidad filósofos del Derecho— admiten el referido paternalismo del Estado como justificación de algunas intervenciones públicas en la libertad individual. Y esto tanto en una estricta perspectiva liberal como no propiamente liberal. Así, por un lado, nos encontramos con la respuesta de un liberalismo matizado que, a título de paternalismo, tolera ciertas manifestaciones de tutela pública sobre las personas, en aras a su bien, si se cumplen las condiciones que luego veremos. Su referencia doctrinal fue, inicialmente, Gerald Dworkin, y el lugar más destacado de esta corriente, en lengua castellana, correspondería al filósofo del Derecho argentino Ernesto Garzón Valdés. Pero también se da el caso de otros pensadores, iusfilósofos no liberales, que admiten algunas formas de paternalismo estatal, que en ocasiones se presenta, con mayor o menor claridad, como perfeccionismo moral: auxilio público “paternal” a las personas para que logren su propia perfección. En este punto merece destacarse quizá al jurista norteamericano Robert P. George (que se citó más atrás). La sutil diferencia entre unos y otros la podemos situar, de entrada, en que estos segundos autores contemplan la posibilidad de que el poder público atienda al bien moral de sus súbditos, lo que los primeros suelen rechazar.

c) En último lugar, en el capítulo cuarto, se abordarán las que considero como las claves de esta intervención pública limitadora. Partimos de que nadie duda de la primacía de la libertad individual en un Estado de Derecho y de la consiguiente autonomía de las personas para disponer de sí mismas. Es claro también, de acuerdo en esto con el liberalismo, que el principio de daño a terceros autoriza al Estado a interferir en los comportamientos de las personas que resulten dañosos para los demás —aunque las consecuencias de ello no resultan tan palmarias, y merezcan sosegados análisis—. Sin embargo, la cuestión que con frecuencia parece olvidarse por los juristas que se han ocupado de nuestra problemática es la de las consecuencias sociales de las acciones —e incluso omisiones— de los hombres; consecuencias que derivan, en último término, de su naturaleza social. Finalmente, me centraré en lo que constituye, a mi juicio, el nudo gordiano de esta problemática, y por tanto también de este trabajo, pero que permanece como el gran ausente en la “ecuación” interventora que nos ocupa: el bien común. Rechazado el paternalismo como pretensión legítima del Estado —como también hace, según acabamos de ver, el liberalismo—, entiendo que la justificación de la intervención pública en la libertad personal se sitúa en lo que constituye, en último término, la finalidad de todo poder público: la consecución del bien común social. En este punto, merece especial mención la cuestión, por lo espinosa y confusa que se presenta, del componente moral de ese bien común.

2. La respuesta antipaternalista del liberalismo: aciertos y errores

2.1. Los aciertos del liberalismo: la limitación del Estado. El antipaternalismo de John Stuart Mill y los discursos del liberalismo contemporáneo

Liberales somos todos si tal adjetivación se identifica con una impronta de libertad. Pero lo cierto es que el adjetivo “liberal” es de los más difusos y confusos de nuestro diccionario; y lo mismo cabe decir, multiplicado, del sustantivo “liberalismo”: de entrada, siempre han presentado significaciones diversas según sobre qué realidad se proyectaran (política, moral, economía...). Es tal la incertidumbre que generan que Caridad Velarde afirma que “la variedad de significados con que la palabra *liberalismo* se utiliza hace en extremo difícil precisar a qué se refiere quien la emplea”²². Hay quien considera que es difícil hallar un simple denominador común a todas las ideas que pertenecen a la larga historia de la tradición liberal, y esto aunque la circunscribiéramos a ámbitos específicos²³. Pese a ello, y tras un esfuerzo de abstracción, cabe defender que el liberalismo ha constituido “una concepción definida del hombre y la sociedad”²⁴; o “un sistema de pensamiento completo” más allá de una propuesta política, lo que ha permitido catalogarlo como “*la ideología por excelencia*”²⁵. Y hay que reconocer que no ha sido una ideología más: Harold J. Laski, en el prefacio de un pequeño libro editado por primera vez en Inglaterra en 1936 bajo el título *The rise of European Liberalism*, escribió que “el liberalismo ha sido, durante los últimos cuatro siglos, la doctrina por excelencia de la civilización occidental”²⁶. Sobre esta, con mayor o menor éxito, se ha ensayado la determinación de sus caracteres o elementos básicos, que en alguna medida nos ocuparán después.

El mismo Gray explica que el liberalismo, como corriente política y tradición intelectual, “como un movimiento identificable en la teoría y en la práctica”, no es anterior al siglo XVII. En él vivió Locke, considerado padre del liberalismo clásico, sobre la base de que el poder del Estado no es absoluto, sino que está limitado por las libertades de los ciudadanos. A este liberalismo político se suma, en el siglo XVIII, la tradición liberal económica de la mano de Hume y Adam Smith.

Estos “liberalismos” tienen, pues, una ambición común: que disminuya el control de los ciudadanos por parte del Estado. Bien lo condensa Velarde: “el liberalismo constituye una corriente dentro del pensamiento político, que nace como respuesta al deseo de

²² VELARDE, C., “Liberalismo y liberalismos”. *Cuadernos de Anuario Filosófico*, nº 40, 1997, p. 12. En la misma línea, dice Julio M. MARTÍNEZ que “verdaderamente no es nada fácil saber qué es lo que se quiere decir cuando se habla de liberalismo” (*Religión en público. Debate con los liberales*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2012, pp. 27).

²³ MARTÍNEZ, J.M., *ibid.* Afirma el mismo autor que “en el momento presente persiste la ambigüedad”. Acto seguido, ensaya una conceptualización del liberalismo, dando la palabra, primeramente, a los autores que se autoproclaman liberales.

²⁴ GRAY, J., *Liberalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 10.

²⁵ VELARDE, *ibid.*, p. 9.

²⁶ Traducible por *El ascenso del liberalismo europeo*, publicado en lengua castellana como *El liberalismo europeo* (edición del Fondo de Cultura Económica, México, 1969); lo citado en p. 9.

reducción del poder del Estado frente a los individuos”. A lo que añade que se trata de una doctrina económica respaldada por una filosofía política, o, a la inversa, de una propuesta política en cuyos fines hay un fuerte componente económico. Esto sobre la base de la creencia de que la libertad personal y la iniciativa privada resultan más beneficiosas que la intervención pública, tanto en lo económico como en lo político. Esto implica que el argumento esencial del liberalismo consiste en limitar la acción pública, el gobierno, al ejercicio de funciones estrictamente indispensables para asegurar las libertades.

El inicial sentido propiamente político del adjetivo “liberal”, ligado casi siempre al movimiento constitucionalista (fue calificado como constitucionalismo liberal), opuesto al Estado monárquico y absoluto, le ha valido una generalizada consideración benévola. Y es que el epíteto “liberal”, aplicado a un movimiento político, comienza a usarse precisamente en España cuando en los albores del constitucionalismo español lo adopta el partido de los “liberales”, que con el paso de los años acumulará notable tradición²⁷. El hecho cierto es que, hoy en día, es un lugar común hablar de “democracia liberal” (bien entendido que no cabe confusión conceptual entre ambas nociones) o de “sociedad liberal” como realidades indiscutidas, en cuanto que fundadas en la libertad de las personas y en el resto de sus inalienables derechos.

Entonces, ¿qué nos queda del liberalismo como doctrina? Si esta suerte de “liberalismo” resulta algo tan consolidado y si, a la par, el término engloba en su interior tendencias tan dispares que se autoproclaman como “liberales”, pues procede concluir que, en estos momentos, decir “liberal” es como no decir nada si no se proyecta sobre realidades concretas: se puede predicar “la muerte del discurso acerca del liberalismo” (Cortina²⁸).

El que aquí nos va a ocupar es el liberalismo filosófico/político (“doctrinario”, se le ha llamado también²⁹), que irrumpió en el siglo XIX como una consecuencia práctica de las ideas de la Ilustración. Suele considerarse a John Stuart Mill como el ideólogo decimonónico de este liberalismo. Y es harto frecuente invocar como máxima liberal en el campo que nos ocupa lo que Mill, a mitad del siglo XIX (1859), en su famoso trabajo *Sobre la libertad*, calificó como “sencillo principio”, y que describió de esta manera:

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

²⁷ Vid. al respecto, NEGRO, D., *El liberalismo en España. Una antología*, Unión Editorial, Madrid, 1988, en el que hace un recorrido por las figuras señeras del liberalismo patrio; o GARCÍA-NIETO, M.C., DONÉZAR, J.M., Y LÓPEZ PUERTA, L., *El liberalismo democrático. 1868-1874*, Guadiana, Madrid, 1971.

²⁸ CORTINA A., *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 31.

²⁹ DÍEZ DEL CORRAL, L., *El liberalismo doctrinario*, 4ª ed., CEC, Madrid, 1984.

mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo”³⁰.

Principio este que es conocido como el “principio de daño” (también denominado “principio de daño a terceros” o incluso “principio del perjuicio”), que impide a un hombre dañar a otro y que faculta al Estado para impedirlo. De tal principio se deduce una prohibición de la intervención pública “paternalista”: esta sería la llevada a cabo por un poder público limitando la libertad de uno de sus súbditos cuando de su acción no se deriva daño para terceros. Obsérvese que Mill no exige, para justificar la intervención, que el daño sea necesariamente directo, pudiendo ser, en principio, de carácter indirecto. Su examen detenido corresponde a un momento posterior.

De entrada, aquel texto de Stuart Mill contiene aspectos muy ciertos, al menos la primera de las frases. El autor sienta tanto las consecuencias de la libertad personal (la consiguiente autodeterminación del destino de las personas), como también los argumentos para el entendimiento de una cabal intervención estatal que limite aquella autonomía (la “protección” de la “humanidad” y el daño a “los demás”). Advierto ya que esta inicial adhesión al postulado central de Mill no quiere decir que todos los razonamientos dispersos por el susodicho ensayo me parezcan razonables y defendibles.

No cabe duda que el liberalismo, que el texto anterior solo dibuja con trazos básicos, presenta aportaciones positivas para nuestro tema de investigación. Fundamentalmente porque acierta en poner límites a la acción del Estado, de modo que las restricciones a la libertad personal que sus poderes públicos quieran imponer deben estar debidamente justificadas. Y en esa exigencia el liberalismo rechaza, como justificación limitadora, el paternalismo del poder público: no cabe un Estado que actúe como un padre que alecciona a sus hijos o que les impone lo que les conviene. Los liberales puros recelan, pues, de aquellas intromisiones públicas en la autonomía personal en las que identifiquen inaceptables actitudes “paternales” del Estado. Hasta aquí correcto. Parece lógico convenir con el liberalismo que, de incurrir en una actitud paternal, el Estado estaría sobrepasando su finalidad propia y poniendo en peligro la libertad de sus ciudadanos.

El problema, como veremos, estriba en que el liberal no atina a concretar los imperativos de aquellas “exigencias colectivas” que justifiquen las intervenciones públicas limitadoras... con lo que termina, no pocas veces, haciendo un flaco servicio al hombre y a la sociedad a los que el Estado sirve. Así, por desatender a cuanto se dirá más adelante, para ellos no corresponderá al Estado, por ejemplo, obstaculizar en caso alguno conductas voluntarias del ciudadano que le puedan resultar dañosas, o imponerle enseñanzas básicas, o decirle con quien puede o no puede casarse.

También acierta el liberalismo, en lo fundamental, al considerar que la sociedad es para el hombre y no el hombre para la sociedad (aunque también aquí la centralidad del hombre conduzca al liberalismo hacia derroteros desenfocados: al individualismo que enseña a referir). La relevancia de esta consideración del hombre y de la sociedad se comprenderá más adelante.

³⁰ John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, versión de Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 68.

El germen liberalista de Mill ha desembocado en una versión contemporánea encarnada por autores de enorme difusión como John Rawls, Ronald Dworkin o David A.J. Richards. No corresponde detenernos en sus posiciones; solo apuntaré que han llevado hasta sus últimas consecuencias la primacía absoluta de la autonomía personal en aspectos como el aborto, las drogas, la eutanasia o la libertad sexual, impensables en tiempos de Mill. En general, han combatido todo rastro de exigibilidad jurídica de normas de tipo moral.

Pero al lado de esta deriva moderna de la tradición liberal también conocemos las reflexiones y propuestas de autores que se encuadran a sí mismos dentro de aquella y que, sin embargo, tratan de reformular unos principios liberales de moralidad política. Parten de que los poderes públicos deben actuar sobre la base de alguna concepción del bien humano, más allá de la pura autonomía, de modo que puedan poner a disposición de las personas opciones moralmente valiosas —facilitarlas, promoverlas—. A juicio de George, “el ejemplo más exhaustivo e impresionante” de este “liberalismo perfeccionista”³¹ lo constituye la teoría de la moralidad política presentada por Joseph Raz en su libro de 1986 *The Morality of Freedom*³², defendida también en artículos posteriores. Por fuerza, volveremos sobre esto; en un primer término, al abordar los errores liberales, para matizarlos; y más tarde, al tratar del paternalismo y de la respuesta que considero óptima a nuestra problemática.

2.2. Los errores liberales: individualismo y relativismo

Sin perjuicio de sus indudables aspectos positivos, ya apuntados, me parece claro que el liberalismo resulta lastrado en puntos neurálgicos, que paso a resumir (las correspondientes réplicas se acometerán con mayor detalle en su momento).

A. Individualismo

En primer lugar, el liberalismo incurre en una supervaloración de la libertad individual, consecuencia de una errónea base antropológica individualista que incita al individuo “a refugiarse en su interés privado y a no preocuparse de otra cosa que de su mero bien particular”³³. Como expresión paradigmática de esta actitud expresó Mill: “La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro

³¹ Así lo considera GEORGE en *Para hacer mejores a los hombres...*, cit. p. 150. Cita otros autores contemporáneos que, en mayor o menor medida, participan de los mismos intereses, como William GALSTON, Vinit HAKSAR o Carlos S. NINO.

³² RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

³³ Elogio y reproche del liberalismo en la relación hombre/sociedad que salen de la pluma del filósofo español Antonio MILLÁN-PUELLES en “Los derechos del hombre y la dignidad de la persona humana”, publicado en *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976, p. 132.

camino propio”. Puede afirmarse que el individualismo es como la patologización del elemental principio de individualidad que antes resaltábamos

Decíamos más atrás que el liberalismo acertaba al considerar que la sociedad es para el hombre y no el hombre para la sociedad; pero a partir de ahí, una vez más, se desenfoca al determinar sus consecuencias de una premisa inicial válida: en este caso, esta le lleva a que el hombre prescinda de las exigencias sociales que pesan sobre él. En el fondo, el liberalista “ortodoxo” se olvida de la naturaleza social del ser humano, la cual impone no pocas obligaciones positivas y, desde luego, negativas (es decir, límites, de los que nos ocuparemos más adelante al tratar específicamente de la condición social del hombre).

En fin, como censura categórica contra esta actitud humana, Adela Cortina afirma lo siguiente: “Ciertamente, que cada persona pueda gozar de un amplia abanico de libertades sin que nadie interfiera es una de las grandes conquistas de la Modernidad. Pero entender por ‘libertad’ exclusivamente este tipo de independencia da lugar a un individualismo egoísta, a la defensa cuartelaria de individuos cerrados sobre sus propios intereses”³⁴.

En descargo de la antisocial concepción liberal, hemos de invocar a Joseph Raz, como acabo de anunciar. Al que él mismo califica como “liberalismo perfeccionista” le concede el mérito de “redimir al liberalismo de sus asociaciones con el individualismo egocéntrico”³⁵. La clave, dice, reside en la dependencia de la autonomía con respecto a su entorno. De modo que la disponibilidad de opciones de las personas depende de bienes privados, pero también de bienes públicos, “que están disponibles para todos y al servicio de todos”. De ahí la “importancia del bien común”. En un intento de conciliar los principios de autonomía y socialidad, concluye Raz que el reconocimiento de la importancia de esta “cultura común” conduce al rechazo del individualismo moral y “disipa cualquier impresión de que la moral basada en la autonomía alienta actitudes egocéntricas y socialmente indiferentes”.

B. *Relativismo moral*

En segundo lugar, pero ligado a lo anterior, el liberalismo parte de una autonomía absoluta de la propia razón como criterio valorativo de la bondad del uso que se haga de la libertad. Es decir, el liberalismo tiene como axioma fundante el relativismo moral: las orientaciones morales serían, si acaso, un asunto privado, ante las cuales la única respuesta posible sería la de la tolerancia. Es lo mismo que decir que esta propuesta de

³⁴ Y continúa así, concretando las consecuencias de esta actitud: “Cada uno exige que se respeten sus derechos, pero nadie está dispuesto a que responsabilizarse de que se respeten los ajenos. Cuando lo convincente sería afirmar que un individuo solo se ve legitimado para reclamar determinados derechos cuando está dispuesto a exigirlos para cualquier otra persona: no puede exigir como humano un derecho que no esté dispuesto a exigir con igual fuerza para cualquier otro”. En CORTINA, A., “Autoridad, responsabilidad y libertad en el proceso educativo”, en *Valores en una sociedad plural*, OLLERO, A. (coord.), FAES, Madrid, 1999, p. 170.

³⁵ RAZ, J., “Liberalismo, escepticismo y democracia”, cit., p. 133.

pensamiento está intrínsecamente ligada a una concepción subjetiva del bien. Carlos S. Nino apuntilla esta valoración: advierte que el liberalismo en realidad descansa en una concepción de lo bueno, o de lo que es socialmente bueno; bondad que sitúan en la autonomía de los individuos para elegir y materializar proyectos y estilos de vida, que se presentan como intrínsecamente valiosa (en ello sitúan el bien: “sobre esta cuestión no son de ningún modo escépticos”, dice Nino). Pero, a partir de ahí, la clave de su relativismo está en que el Estado no puede “adoptar una preferencia por ciertos planes de vida sobre otros”³⁶.

Como manifestación de lo anterior, y como argumento contra la intervención estatal en la libertad personal, sostiene Mill que nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses, de modo que “el hombre o la mujer más vulgar tiene, respecto a sus propios sentimientos y circunstancias, medios de conocimiento que superan con mucho a los que puede tener a su disposición cualquiera otra persona”. Sin embargo, es claro que esto puede no ser cierto, de modo que desde fuera pueden conocer mucho mejor lo que conviene o no conviene a un hombre concreto en una situación dada. Asimismo, después de afirmar, con todo el sentido, que “cada cual es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual”, sostuvo Mill que “la humanidad sale ganando consintiendo a cada cual vivir a su manera antes que obligándolo a vivir a la manera de los demás”: cierto que la opción por la libertad es la única realmente humana, y que su tutela beneficia a la humanidad, pero también lo es que esta habría salido ganando en incontables ocasiones si hubiera podido impedir que los hombres concretos hubieran actuado como les ha parecido bien a ellos en un determinado momento.

Aunque trataré más adelante de esta suerte de relativismo liberal al tratar del componente moral del bien común, sirvan ahora, como réplica de urgencia, unas valoraciones del filósofo contemporáneo Robert Spaemann y otras de Joseph Ratzinger.

Para Spaemann “la libertad humana no es un punto abstracto e indiferente, a partir del cual podamos sentar arbitrariamente valores y preferencias”. Y es que lo grave, de ocurrir esto, es que “donde el hombre ve sustraídas sus raíces y arrebatada su identidad hasta el extremo de quedar reducido él mismo a un punto indiferente [ajeno a cualquier sustrato moral irreductible], ahí ya no puede decirse que sea libre, pues resulta ser, más bien, un juguete incapaz de oponer resistencia a cualquier manipulación”, de modo que “queda enteramente disponible, capaz de cualquier cosa”. Concluimos con el sabio profesor: “un orden jurídico cuyo sentido es la libertad recíproca entre los hombres presupone necesariamente determinadas convicciones acerca de lo que resulta provechoso o perjudicial para el hombre”³⁷. Lo provechoso para él, por antonomasia, no pueden ser sino sus derechos fundamentales, que en buena ley habrán que quedar en entredicho desde una perspectiva relativista.

Precisamente sobre los derechos humanos, advierte Ratzinger que no están sujetos al mandamiento del pluralismo y la tolerancia, sino que *son* el contenido de la tolerancia y

³⁶ Vid. NINO, C.S. *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 209-210.

³⁷ SPAEMANN, R., “Normas morales y orden jurídico”, en *Persona y Derecho*, nº 42, 2000, pp. 115-117 (traducción de A.M. González).

la libertad. Así, “un núcleo de verdad —a saber, de verdad ética— parece ser irrenunciable para la democracia”; “la política es justa y promueve la libertad —añade— cuando sirve a un sistema de verdades y derechos que la razón muestra al hombre”³⁸.

Una vez más, y para cerrar este capítulo sumario sobre las críticas al liberalismo, procede recordar los planteamientos parcialmente disidentes de Joseph Raz. Sugiere que no se huya de consideraciones acerca de lo que contribuye y lo que no contribuye al bienestar de las personas, acerca de qué opciones y qué aspectos de lo que llama “cultura común” son valiosos y deben ser alentados, y cuáles son innobles y deben ser desalentados. De modo que “ningún juicio de valor se desconoce”: la bondad de las decisiones y acciones no depende, sin más, de la subjetividad de cada cual, viene a decir, contradiciendo a Mill³⁹.

3. El paternalismo como justificador de intervenciones del Estado en la libertad individual

3.1. La explicación paternalista del intervencionismo estatal en la libertad individual

Una justificación de la intervención estatal sobre las libertades individuales que ha ido tomando cuerpo desde la década de los 70 del siglo pasado es la que considera que los poderes públicos, en determinadas condiciones, pueden ejercer sobre las personas una suerte de potestad paternal, en contra de su voluntad pero en su beneficio. Sabemos que se ha calificado esta posibilidad como *paternalismo del Estado* (denominado más frecuentemente “paternalismo jurídico” o “legal”, en cuanto que sus manifestaciones se han incorporado a una norma jurídica⁴⁰).

Abordaré este paternalismo estatal en dos epígrafes, siguiendo las terminologías al uso (que, como se ha apuntado y se verá con mayor detenimiento, son bastante variadas), no sin antes advertir que no toda la doctrina comparte la radical divisoria que aquí se propondrá:

- a) En el primero, por ir del género a la especie, de lo general a lo particular, analizaremos el paternalismo estatal en general, y en particular el que llamaremos *paternalismo no perfeccionista* (o *no moralista*, podríamos llamarlo). Este es el sentido en que la mayoría de la doctrina, desde una perspectiva liberal, entiende el paternalismo estatal, jurídico o legal. Se suele decir que se caracteriza por dos

³⁸ Op. cit. pp. 85-86.

³⁹ RAZ, J., “Liberalismo, escepticismo y democracia”, cit., p. 130.

⁴⁰ Algunos autores hacen precisiones conceptuales o terminológicas que aquí obviaremos, como la de distinguir entre paternalismo del Estado —acción paternalista llevada a cabo por un órgano del Estado—, y paternalista jurídico (estatal) —cuando el medio empleado sean las normas jurídicas—. En este trabajo emplearé ordinariamente la expresión *paternalismo del Estado*, pero bien entendido que consideraré ambas expresiones como equivalentes.

notas —que lo diferencian del perfeccionismo o paternalismo moral—: por una parte, que lo consideran respetuoso con el principio de autonomía; y por otra, que prescinde de aportar al sujeto beneficios de carácter moral.

- b) En el segundo epígrafe me ocuparé del que llamaremos *paternalismo moral* (“paternalismo perfeccionista” o “perfeccionismo”, prefieren denominarlo algunos, mientras otros lo califican de “moralismo legal” o “moralismo jurídico”): este contempla la posibilidad, ajena inicialmente a planteamientos liberales, de que el poder público atienda al bien moral de los ciudadanos, que los autores anteriores rechazan en cuanto que la juzgan contraria al principio de autonomía.

Considero, por una parte, que, de admitirse el concepto de paternalismo estatal, las dos posibilidades que acaban de citarse cabrían en él, en la medida en que comparten un tronco común: la capacidad del Estado —más o menos excepcional— para interferir la libertad de las personas, para su beneficio, cuando de su actuación no se deriva daño directo para terceros; es decir, en estos casos el poder público actúa para beneficio en principio exclusivo del individuo. Estos “beneficios” que se pretenden desde la instancia pública podrán ser de diverso tipo —físico, psíquico, moral, etc.—: no me parece razonable, pues, levantar un muro infranqueable entre los bienes morales y el resto, y por tanto entre el paternalismo y el perfeccionismo⁴¹. Pero, por otra parte, si desde este tronco común se abordarán separadamente los dos tipos de paternalismo es porque entiendo que los problemas jurídicos que plantean y las respuestas que merecen son en buena parte diversos.

A. *El paternalismo estatal en general, y el no perfeccionista en particular*

1. Concepto de paternalismo del Estado

En primer lugar, quiero resaltar que, a pesar de las apariencias, nos encontramos ante de una construcción de inspiración liberal. Recordamos que el liberalismo, en principio, excluía todo paternalismo del Estado —toda intervención pública en la libertad de las personas si su actuación no causa daño a terceros—. Por tanto, podemos decir que la admisión excepcional de determinadas medidas estatales paternalistas constituye, para estos casos, lo que podríamos calificar como propuesta liberal matizada. En el fondo, esta es la razón por la cual estos autores ponen denodados esfuerzos para justificar unas actuaciones públicas limitadoras de la autonomía de las

⁴¹ Además, cuando algunos autores han querido deslindar ambos conceptos lo han hecho de una manera en extremo inconsistente. Así, REY PÉREZ dice: “Dicho en términos muy generales, el perfeccionismo se da cuando el Estado sí mantiene y hace prevalecer entre sus ciudadanos una idea sobre lo que es una vida buena, una idea del bien. El paternalismo, en cambio, se produce cuando el Estado adopta una decisión sustituyendo la voluntad del individuo que es el receptor de esa decisión” (¿pero no se da también en aquel perfeccionismo una sustitución de la voluntad del individuo por la del Estado?). Vid. *El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2011, p. 49.

personas: cautivos de una supervaloración de esta autonomía, hacen auténticos equilibrios para preservar el consentimiento de los afectados. A mi juicio, tales esfuerzos justificadores, además de embarazosos, son innecesarios: todo es más sencillo.

Estos autores incluso parten del sentido “peyorativo” del mismo término “paternalismo”, en cuanto implica una intromisión en la libertad de las personas⁴². Pero a la vez condescienden con ciertas manifestaciones de aquel paternalismo estatal, que a su juicio resultan justificables o necesarias. En definitiva, terminan sosteniendo que es preciso distinguir entre un paternalismo justo y otro injusto, y aclarando que “existen tipos de paternalismo que son justificables éticamente”⁴³, con manifestaciones consideradas no solo como “moralmente permitidas”, sino como “un complemento necesario del principio de daño a terceros susceptible de ser interpretado como una obligación moral positiva”.

Procedamos, pues, a dar cuenta de cómo señalados iusfilósofos conceptúan este paternalismo estatal.

Se suele considerar a Gerald Dworkin⁴⁴ como la primera referencia doctrinal en el campo del paternalismo del Estado desde que en 1971 publicara su artículo *Paternalism*⁴⁵, que ha sido calificado como el “más importante en la discusión reciente sobre el paternalismo en el ámbito de la filosofía jurídica, moral y política”⁴⁶. Se da la circunstancia de que ese mismo año apareció otro artículo relevante al respecto: el que publicara Joel Feinberg con el título *Legal paternalism*⁴⁷.

En lengua castellana —y seguramente en todo el sistema jurídico continental— es cita obligada el artículo de Ernesto Garzón Valdés “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”. Es el primero una serie de trabajos recogidos en el número 5 de la revista *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, en el año 1988, que incluye además aportaciones de Victoria Camps, Paulette Dieterlen y Manuel Atienza. A partir de ese momento, el eco de esta propuesta doctrinal fue tal que ya en 1993 el profesor Díaz Pintos escribió que la discusión sobre el paternalismo —que este autor presentaba como “una de las teorizaciones más sofisticadas del liberalismo político”— había sido objeto “en los últimos años de gran atención por parte de la doctrina iusfilosófica”⁴⁸.

⁴² CAMPS, V., “Paternalismo y bien común”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, p. 195: “El término ‘paternalismo’ es ya peyorativo”, dice CAMPS al comienzo de su artículo.

⁴³ GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, p. 156. Trabajo que publicó más tarde en *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp 361 y ss.

⁴⁴ No confundir con el ya citado Ronald DWORKIN, de apellido idéntico y de mayor notoriedad en el mundo de Derecho que su homónimo.

⁴⁵ Publicado inicialmente en la obra colectiva *Morality and the Law*, WASSERSTROM, R.A. (coord.), Wadsworth Publishing Co, Belmont, 1971, pp. 107-126. Existe una versión en castellano incluida en el libro *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, BETEGÓN, J., y DE PÁRAMO, J.R. (dir. y coord.), Ariel, 1990, traducción de Jorge M. Señal (las citas que hagamos en adelante a este trabajo se harán a esta versión castellana).

⁴⁶ Es la valoración de ALEMANY, M., en *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006, p. 123.

⁴⁷ Publicado en *Canadian Journal of Philosophy*, 1, nº 1, 1971, pp. 106-124. Este artículo, el de DWORKIN, y varios otros, relevantes al respecto, en lengua inglesa, aparecieron conjuntamente en una publicación editada por Rolf SATORIUS bajo el título de *Paternalism*, University of Minnesota Press, 1983 (en esta edición: pp. 19-34 y 3-18, respectivamente).

⁴⁸ Vid. DÍAZ PINTOS, G., *Autonomía y paternalismo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1993, p. 11.

Pienso que el interés doctrinal por tal construcción, y su aceptación, fue creciendo en los años siguientes, de modo que se puede decir que hoy día asistimos a una casi general anuencia doctrinal —en la perspectiva iusfilosófica— acerca de su núcleo argumental, del que pocos parecen dispuestos a disentir (asumiendo posibles lagunas en el vaciado doctrinal, solo he encontrado dos excepciones a este panorama: el citado trabajo de Díaz Pintos y un breve artículo publicado en 2006 por Abellán Salort, cuyos planteamientos comparto en lo fundamental⁴⁹). Entre los partidarios de la explicación paternalista, las diferencias entre unos autores y otros son casi siempre de matiz y no entorpecen el acuerdo en lo esencial.

Por cerrar el círculo de las aportaciones doctrinales en castellano de necesaria consulta, creo que han de citarse los trabajos de Miguel Ángel Ramiro Avilés⁵⁰ y Macario Alemany⁵¹, publicados al alimón en el año 2006 (de hecho, en estos trabajos estos autores no se citan entre ellos).

Pienso que esta contrastada bibliografía sobre el paternalismo —y la que se citará en adelante— nos excusa de aportar aquí detalles que pueden encontrarse en ella. Me limitaré, pues, a aquellos aspectos que considero más relevantes, dudosos o, en último término, criticables.

Procede comenzar dando cuenta de la definición de paternalismo jurídico, legal o estatal⁵² que aporta Gerald Dworkin:

“en un sentido amplio, la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses y los valores de la persona coaccionada”⁵³.

Quedan aquí fijadas las que se consideran, normalmente, las notas esenciales del paternalismo estatal: limitación a la libertad individual y persecución del beneficio del propio sujeto coaccionado.

Garzón Valdés, en una definición sencilla y aproximativa, entiende por paternalismo:

“la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma”⁵⁴.

⁴⁹ Vid. ABELLÁN SALORT, J.C., “Fines y límites del Estado: ‘paternalismo’ y libertades individuales”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXIX, 2006, pp. 363-384.

⁵⁰ RAMIRO AVILÉS, M.A., “A vueltas con el paternalismo jurídico”, *Derechos y Libertades*, nº 15, 2006, p. 211-256.

⁵¹ Se citó a pie de página más atrás: *El paternalismo jurídico*. ATIENZA da cuenta en su prólogo que este libro, que tiene origen en la tesis doctoral del autor, “trae causa” del trabajo antes citado de GARZÓN.

⁵² “Paternalismo legal” prefieren denominarlo, por ejemplo, MIRAUT MARTÍN, L., “El paternalismo legal”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, nº 6, 2001, p. 193, o HANNIKAINEN, I.R., “Autonomía, libertad y bienestar: sobre la justificación del paternalismo legal”, *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 2007-09, XVI/1, p. 37.

⁵³ DWORKIN, G., “Paternalismo”, cit., p. 148. Algo más adelante aporta otra escueta definición: “el paternalismo puede ser considerado como el uso de la coerción para lograr un bien no reconocido como tal por aquella persona a cuyo bien se aspira” (p. 151).

⁵⁴ Op. cit. p. 155.

De una manera más perfilada, y referida específicamente a la tarea del Estado, Ramiro Avilés define el paternalismo jurídico como:

“una intromisión por parte del Estado en la vida de las personas a través de ciertas políticas públicas o de normas jurídicas que, en su versión negativa, *prohíben* la realización de una serie de comportamientos, *obstaculizan* ciertas acciones, *desalientan* determinadas opciones o *desaconsejan* algunas elecciones que directamente no dañan a terceras personas pero que pueden dañar o no beneficiar a las personas que los realizan”⁵⁵.

Adviértase que no queda claro en esta última definición si esta “versión negativa” es la única posible encuadrable en el concepto que se define o si ha de complementarse con la “versión positiva”, como parece exigir una mínima coherencia: de no ser así quedarían fuera los casos en que se *imponen* conductas positivas (la colocación del cinturón de seguridad o una vacunación obligatoria suelen citarse por los autores como ejemplos paradigmáticos) o se *fomentan* comportamientos positivos (como la práctica deportiva, más allá de la incitación a evitar los actos dañosos). No parece tener sentido admitir con este título el establecimiento de prohibiciones y no de mandatos, así como dar por buenas actuaciones de fomento negativo pero no positivo. Volveré enseguida sobre este punto.

Alemany aporta una definición descriptiva de paternalismo jurídico, de esta manera:

“A ejerce paternalismo jurídico sobre B si y solo si:

- 1) A ejerce un poder jurídico sobre B
- 2) con la finalidad de evitar que B lleva a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o suponen un incremento de riesgo de daño y/o la pérdida de un beneficio (siendo estos daños y beneficios de tipo físico, psíquico o económico)”⁵⁶

Estas definiciones plantean algunas dudas o disfunciones que requieren una explicación. Me enfrentaré a ellas “como juez en causa ajena”, casi con el único deseo de ilustrar lo incierto de la categoría que manejamos. Serían las siguientes:

1. ¿La medida paternalista tiene un carácter necesariamente coactivo?

Sin duda lo tendrá si atendemos a la definición de Dworkin (que habla de “interferencia en la libertad” y de “persona coaccionada”) o a la de Garzón (más explícito aún: la considera una “intervención coactiva”). Sin embargo, no lo consideran así Ramiro (se refiere a que las políticas públicas y las normas jurídicas paternalistas podrán también desalentar o desaconsejar ciertos comportamientos, desde luego sin dimensión alguna

⁵⁵ Op. cit. p. 213 (las cursivas son del propio autor citado).

⁵⁶ Vid. *El paternalismo jurídico*, cit., p. 352. Una versión resumida del trabajo la publicó el autor el año anterior en la revista *DOXA*, n° 28, pp. 265-303, con el título “El concepto y la justificación del paternalismo”.

coactiva) y Atienza (que cita como ejemplo de medidas no coactivas el caso del Estado o del médico “que omiten informar a los ciudadanos o a sus pacientes”⁵⁷).

Las supuestas medidas paternalistas constituidas por actuaciones públicas de mero auxilio o fomento a los que se refiere Ramiro son, por naturaleza, de asunción voluntaria para el ciudadano. Ciertamente, se orientan a beneficiar o favorecer —en este sentido son “paternales”—, pero, en realidad, no plantean problema alguno de justificación desde la perspectiva que aquí analizamos —avaluar una restricción en la libertad individual—, por la sencilla razón de que no se priva a nadie de libertad alguna. No es necesario, pues, recurrir a la “justificación paternalista”. Esa medida pública podrá analizarse, críticamente, desde otras perspectivas (legalidad, proporcionalidad, respaldo presupuestario, etc.), pero no a los efectos que nos ocupan. Obsérvese, en este sentido, que cuando el propio J.S. Mill establece el famoso principio que acota la posibilidad de restricciones a la libertad señala que “los demás” podrán “discutir, razonar o persuadirle” sobre lo que consideren “más acertado o más justo”, pero no “obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente”: el fomento lo considera legítimo y no necesitado de especiales justificaciones al no minar la libertad de la persona.

En cuanto a la salvedad apuntada por Atienza de medidas no coactivas, por una parte, estamos ante un supuesto de inactividad administrativa; y por otra, tampoco parece necesario indagar en justificaciones ante una no-actividad pública, aunque ciertamente el poder público en cuestión podrá ser juzgado, si es el caso, por incumplimiento de sus obligaciones, legales o administrativas.

2. ¿La medida paternalista ha de perseguir necesariamente evitar un daño o puede pretender también aportar un beneficio?

Las opiniones doctrinales son diversas. Atendiendo a la amplia definición de Dworkin puede pensarse que cabrían ambas posibilidades. Garzón opta por la interpretación restrictiva que apunta solo a justificar la evitación de daños⁵⁸. Ramiro parece apuntar en esta misma línea, al exigir un “daño” o “no beneficio” como elemento justificador. Por su parte, para Alemany se exige que la medida paternalista persiga evitar daños, de modo que si se buscara beneficiar al sujeto estaríamos ante un supuesto de perfeccionismo⁵⁹. Frente a estos, Atienza no tiene problema en considerar como paternalista una medida que persiga beneficiar al sujeto.

3. ¿Qué carácter o contenido ha de revestir el objeto perseguido por la medida paternalista?, ¿cabe incluir que tengan —el daño o el beneficio— un carácter moral?

La definición de Dworkin parece admitir cualquier bien o interés de las personas, sean del carácter que sean. Sin embargo, Garzón, Ramiro y Alemany advierten que los intereses de carácter moral quedan excluidos de la justificación paternalista que proponen: a su juicio, cuando tales intereses estuvieran presentes estaríamos en

⁵⁷ Vid. ATIENZA, M., “Discutamos sobre paternalismo”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, p. 208.

⁵⁸ De modo que distingue del paternalismo, considerándolas intervenciones “relacionadas aunque no idénticas”, el ejercicio de la coacción para asegurar un beneficio y el perfeccionismo (op. cit., p. 156).

⁵⁹ Vid. *El paternalismo jurídico*, cit, p. 163.

presencia de perfeccionismo o moralismo jurídico, pero no de paternalismo jurídico. Aunque las motivaciones que aportan para esta exclusión no son coincidentes, lo que está claro es que todos estos autores distinguen nítidamente entre “paternalismo” y “moralismo”, de manera que el primero no podría atender a beneficios de tipo moral.

Sin embargo, Atienza considera injustificada la exclusión del perfeccionismo moral como un tipo de paternalismo: “lo que no veo —dice— es por qué no hayan de considerarse como ejemplos de paternalismo los casos de perfeccionismo moral”⁶⁰.

Aquí solo dejo apuntada esta duda. Más tarde analizaremos las propuestas de los autores que admiten este paternalismo o perfeccionismo moral. Solo después de ello manifestaré mi opinión personal al respecto. Pero antes detengámonos en las justificaciones concretas de la medida paternalista que aporta la doctrina.

2. Justificación del paternalismo

Veamos, someramente, dónde sitúan los autores que se acaban de citar la clave legitimadora de estas modalidades de paternalismo del Estado. Me centraré, en particular, en las propuestas al respecto de Ernesto Valdés Garzón, aderezadas con las aportaciones del resto de autores citados hasta ahora. Básicamente, dos son los conceptos empleados en esta tarea justificadora: la incompetencia del sujeto y su consentimiento. Atenderemos a ellos en este orden, remitiendo mi valoración crítica al apartado siguiente.

2.1. La incompetencia básica del sujeto

Garzón Valdés, que se ha inspirado en este punto en algún autor anterior y que ha contado con la adhesión de otros (muchos) posteriores, propuso situar la clave justificadora de ciertos tipos de paternalismo del Estado en el concepto de “incompetencia básica”, entendida, en lo fundamental, como manifestación de irracionalidad o ignorancia en el individuo. La competencia sería, a su juicio, “la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta”⁶¹.

A juicio de este profesor, una persona carece de competencia básica de encontrarse, al menos, en algunos de estos supuestos:

- a) “cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar” (cita como ejemplo quien desconoce los efectos de ciertos

⁶⁰ “Discutamos sobre paternalismo”, cit., p. 205.

⁶¹ Op. cit., p. 165.

medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, ejemplo que recoge Mill en su libro);

- b) “cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones” (es el caso de los alcohólicos o drogadictos, dice);
- c) “cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas” (que refiere, por ejemplo, a la curatela de los débiles mentales);
- d) “cuando actúa bajo compulsión” (por ejemplo, señala, bajo hipnosis o amenazas);
- e) “cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos”, considerado “síntoma claro que irracionalidad” (serían el caso de quien no quiere matarse pero no acepta colocarse el cinturón de seguridad o el casco).

De darse estas circunstancias estamos ante un “incompetente básico”, el cual presenta “un déficit con respecto a la generalidad de los congéneres y en este sentido puede decirse que se encuentra en una situación de desigualdad negativa”. De modo que, en último término, “el propósito de la medida paternalista justificable es justamente la superación de la desigualdad”.

2.2. El consentimiento: la preservación de la autonomía

Decíamos antes que, en el fondo, permanecemos ante planteamientos liberales. Por ello, estos autores, desde Dworkin⁶², quieren justificar la medida paternalista del Estado y, a la vez, salvar a toda costa la autonomía de la persona —incluso poner el acento en ella⁶³—. Es por lo que identifican un consentimiento del sujeto que operaría como elemento justificador de aquella medida sin violentar —se supone— el principio de autonomía. “Solo cuando la medida en cuestión —concluye Garzón Valdés—, aplicada a un incompetente básico, promueve y defiende su autonomía o aspira a la

⁶² En su primer trabajo sobre paternalismo DWORKIN dejó sentado que “la noción básica de consentimiento es importante y me parece ser la única vía aceptable para tratar de delimitar el área del paternalismo justificado” (p. 156), frase que invoca GARZÓN en su artículo.

⁶³ No estoy seguro que se hayan expresado en este punto con plena coherencia. Confróntense estas dos frases de DWORKIN: “El paternalismo, entonces, siempre implicará limitaciones a la libertad de algunos individuos en su propio interés” (p. 150), para más tarde afirmar que “el paternalismo está justificado solo para preservar un amplio campo de libertad para el individuo en cuestión” (p. 155). A rebufo de lo cual RAMIRO AVILÉS afirma que “la intervención paternalista del Estado [que hasta aquí he defendido] tiene como objetivo proteger la autonomía de las personas, pues el proceso de formación de su voluntad está viciado...” por razón de la incompetencia del sujeto (op. cit., p. 250); o, más adelante: “ciertas medidas paternalistas no suponen una violación de la autonomía porque esta no se ha formado correctamente” (p. 251).

superación de un déficit de igualdad puede hablarse de paternalismo éticamente justificado”.

Ernesto Garzón Valdés, sobre esta base, afirma que la argumentación justificante de algunos tipos de paternalismo podría centrarse “en el *consentimiento expreso o hipotético* de quien es tratado paternalísticamente”, en relación a los cuales hace luego valoraciones distintas.

Advierte que, por definición, este consentimiento no puede ser otorgado en el momento en que se aplica la medida paternalista (porque la persona se opone a ella o porque no está en condiciones de hacerlo). Como consentimientos expresos, Garzón refiere la posibilidad de un “consentimiento expreso anterior” (como el de unos electores que otorgan un “cheque en blanco” a un candidato en unas elecciones para que pueda en su momento adoptar medidas en ciertos ámbitos), o de un consentimiento otorgado después de la adopción, que la convertiría en justificada. Consciente del peligro de este consentimiento futuro, germen de dictadura, Garzón se inclina por un “consentimiento hipotético” como requisito justificador.

En esto, Garzón —como luego Ramiro— se apoyan en las aportaciones de Gerald Dworkin, que sugiere lo que llama un “consentimiento futuro o hipotético” o “consentimiento orientado hacia el futuro”⁶⁴, que nuestros autores también califican como “hipotético consentimiento futuro”. Se dice que “la medida paternalista supone adoptar las decisiones que las personas posiblemente habrían adoptado si hubieran sido plenamente competentes”⁶⁵. Pero, conscientes de que ese consentimiento puede no llegar a darse en el futuro, se acude a argumentaciones complementarias. Por una parte, se incide en el carácter hipotético de la futura anuencia del sujeto: así, recurren a Douglas Husak, que indica que no importa si se actualiza el consentimiento de forma tácita o expresa, sino que lo verdaderamente importante a la hora de justificar la interferencia paternalista es si era razonable creer que se consentiría en ella⁶⁶. Por otra parte, se afirma que “hay que estar seguro de conocer los valores de una persona antes de derogar su voluntad porque de lo contrario estaré limitando ilegítimamente su decisión”⁶⁷.

Para la valoración de estos intentos justificadores del paternalismo me remito a un epígrafe posterior. Antes es necesario dar cuenta de la propuesta justificadora del paternalismo moral, ya presentado someramente.

B. *El paternalismo moral o perfeccionismo*

El paternalismo moral o perfeccionismo comparte con el no moralista el reconocimiento de la capacidad de los poderes públicos para limitar la autonomía

⁶⁴ DWORKIN, G., *ibíd.*, p. 156.

⁶⁵ RAMIRO AVILÉS, M.A., *op. cit.*, p. 250.

⁶⁶ HUSAK, D.H., “Paternalism and Autonomy”, citado por RAMIRO AVILÉS, *op. cit.*, p. 253.

⁶⁷ RAMIRO AVILÉS, *op. cit.*, p. 253, que cita en su apoyo a LUBAN y a HODSON.

personal. Pero el perfeccionismo supone una notable vuelta de tuerca en relación con el paternalismo no moralista: más allá de dar por buena la consecución, por este camino, de bienes de tipo físico o psíquico, se pretende que el poder público pueda favorecer también la consecución de bienes de carácter moral, los que sirven mejor a la perfección del individuo. En palabras de Carlos S. Nino, esta concepción, que considera de entrada como opuesta al principio de autonomía, sostiene que “lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus propios intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores”⁶⁸.

Decía más atrás que se había ensayado también una justificación paternalista de la intervención pública sobre la libertad individual desde esquemas no liberales. El máximo exponente actual de esta pretensión seguramente será, como adelanté, Robert P. George. En su libro *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública*, después de un explícito reconocimiento a las aportaciones liberales en materia de libertades, revela cuál ha sido el objetivo de su trabajo: “El propósito fundamental de esta obra consiste en cuestionar diversos argumentos liberales que pretenden demostrar que las comunidades políticas carecen de justificación cuando limitan la libertad para el bien del sostenimiento de la moralidad pública”⁶⁹. Lo que apostilla con estas máximas comprensivas de su tesis: “no existe nada en principio injusto en la aplicación legal de la moral o en la penalización de aquellos que cometen ofensas morales”; y “las políticas sólidas y el buen derecho no solo aspiran a colaborar en la tarea de preservar la seguridad, comodidad y prosperidad de las personas, sino también a hacerlas virtuosas”; de modo que “las leyes y las políticas se preocupan justamente del bienestar moral de los miembros de las comunidades políticas”. Es por lo que considera “moralmente legítimo” el “paternalismo moral” (valga la redundancia). Pero a la vez reconoce que las leyes no pueden “hacer morales” a los hombres⁷⁰, al menos no puede hacerlo de manera directa o inmediata —aclara más adelante—, sino que se tratará de un contribución “indirecta” (“pueden ayudar a las personas a establecer y preservar un carácter virtuoso”). Lo que ocurre es que este papel que Robert. P. George confía a las leyes —en realidad a los poderes públicos— no es un auténtico paternalismo, al menos en el sentido que se ha venido usando en los autores antes referidos, de imposición coactiva. Creo que, en realidad, las conclusiones a las que llega George son correctas, pero el discurso argumental no lo es del todo. Me remito al epígrafe siguiente, en el que encararé la crítica al enfoque paternalista.

⁶⁸ NINO, C.S., *Ética y derechos humanos*, cit., p. 205.

⁶⁹ Op. cit. p. 11. Advierto que GEORGE se refiere a un concepto amplio de moralidad pública, entendida como acogida de exigencias morales en la legislación —y, por ende, en la praxis administrativa—: aquellas medidas públicas que permitan o faciliten la lucha contra el vicio y la consecución, en el ámbito público, de una vida mejor. También es cierto que el propio GEORGE, como también RAZ, aluden también a aquella pretensión amplia, orientada a promover el bienestar de las personas, como “moralidad social” o “moralidad política”. Por mi parte, prefiero atribuir al concepto de moralidad pública un significado más estricto, como uno de los elementos del orden público, su elemento moral (sobre este concepto estricto de moralidad pública, vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La moralidad pública como límite de las libertades públicas”, en vol. col. *Los derechos fundamentales y libertades públicas I*, XII Jornadas de Estudio de la DGSJE, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, y PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona, núcleo de la moralidad y el orden públicos...*, cit. pp. 117 y ss.).

⁷⁰ Solo ellos mismos “pueden hacerlo (...) al elegir libremente hacer lo correcto moralmente por la razón correcta” *ibíd.*, p. 17

También sabemos que autores que se consideran liberales tratan de reformular los principios tradicionales de aquella tradición en relación con la acogida pública de una vida moral. Así, Joseph Raz ha escrito: “El temor a la uniformidad y a la negación de la autonomía individual ha llevado a muchos autores liberales a insistir en que el Estado debería ser totalmente ajeno a la promoción de los ideales de una buena vida. Esto a su vez ha llevado al empobrecimiento de su concepción de la prosperidad humana y de las relaciones entre el bienestar individual y la cultura común”. A lo que añade: “solo a través de concepciones basadas en la autonomía y el pluralismo de valores podemos restaurar la verdadera concepción de la función de la moral en la política”⁷¹.

Es por lo que Raz, en la línea expuesta de George, termina afirmando que “un gobierno dedicado al pluralismo y a la autonomía no pueda lograr que las personas sean buenas”; por ser y para ser autónomas “deben escoger sus propias vidas por sí mismas”. De lo cual deduce el papel que se espera en este punto de los poderes estatales (“y de las demás personas en general”, dice —lo que no deja de ser un plausible reconocimiento de su socialidad—): “pueden ayudar a las personas a prosperar, pero solo a través de las condiciones para una vida autónoma, especialmente garantizando que exista una gama adecuada de opciones diversas y valiosas a disposición de todos. Más allá de esto, los individuos deben mantenerse libres de hacer de su vida lo que deseen”⁷². Volveremos a invocar estas ideas de Raz más adelante, al tratar del elemento moral del bien común.

2.3. Crítica al enfoque paternalista

Comenzaré presentando mi tesis: de acuerdo con el núcleo del planteamiento del liberalismo, y sin perjuicio de precisiones posteriores, entiendo que hablar de paternalismo del Estado, aunque fuera limitado y por motivos razonables, resulta impropio y de tendencia liberticida. El Estado saldría de su rol para, en unos casos, entrar en la conciencia de los ciudadanos o, en otros, sustituir a la familia en su función decisoria o educadora.

Con el mayor respeto a las opiniones anteriores que se han expuesto, propio del sano debate científico, he de decir que no me resultan, en su núcleo argumental, convincentes. Me propongo desvirtuar *de radice* el intento de salvar ciertos supuestos de paternalismo tolerable; de modo que esta es mi tesis: el “paternalismo estatal”, tal como se ha concebido, no es en ningún caso un título habilitante de la intervención

⁷¹ “Liberalismo, escepticismo y democracia”, cit., p. 130. Ha de advertirse que este pluralismo de valores o moral no lo identifica RAZ con el escepticismo o relativismo moral. De hecho, señala él mismo, a renglón seguido, que “el ‘pluralismo’ se utiliza a menudo para indicar una posición de acuerdo con la cual los diferentes estilos de vida y las diferentes concepciones del bien deben ser tolerados independientemente de su valor moral”; frente a lo cual afirma que este pluralismo “representa la idea de que de que existen muchos estilos de vida valiosos diferentes e incompatibles”; por eso está “íntimamente asociado con la autonomía” (p. 131).

⁷² *Ibíd.*, p. 133. Es esta línea es relevante también —por lo importante que resulta oír hablar a un liberal de limitar la libertad— esta proposición: “la función del gobierno, además de la provisión de una red de seguridad mínima que garantice la satisfacción de las necesidades básicas, es la de demarcar los límites de esa libertad de acción a fin de mejorar, en la medida de su poder, la calidad de las opciones que pone al alcance de las personas” (p. 135).

limitadora del Estado sobre los ámbitos de libertad de las personas. Ahora bien, este, ciertamente, restringe no pocas veces esta libertad personal, pero lo hace con otras justificaciones... como ya adelanté y ensayaremos en adelante, en el epígrafe siguiente.

Dicho esto, acometo ahora la tarea de enjuiciar y enmendar las proposiciones paternalistas de las que acabo de dar cuenta, en base a una serie de valoraciones de una relevancia dispar. Y lo haré distinguiendo entre las críticas al paternalismo no moralista y al paternalismo moral o perfeccionismo. Lógicamente, esto ha de complementarse con las apreciaciones, y ejemplos, que luego se aportarán.

A. *Crítica al paternalismo, en especial al no moralista*

Se pueden destacar una serie de aspectos criticables acerca del paternalismo del Estado. En este momento, me centraré específicamente en el que sugieren la mayoría de los autores citados: el no moralista, que excluye los beneficios morales:

1. Innecesariedad y peligrosidad de la teoría jurídica del paternalismo estatal

Pienso que la más elemental censura —siempre desde el respeto— que puede dirigirse a la teoría jurídica del paternalismo del Estado es su innecesariedad. Sin que ello oculte que el reparo más contundente que puede hacerse es el de su peligrosidad para las libertades individuales y para el bien común de la sociedad.

Vayamos con su innecesariedad. Cuando el Estado presta a sus súbditos un servicio, auxilio, tutela o favorecimiento, o incluso cuando les impone ciertas limitaciones, puede decirse, ciertamente, que está actuando “paternalmente”. Y más cuando esas atenciones se dirigen a personas cuya capacidad decisoria no existe o está alterada. Sin embargo, ya decíamos más atrás que ni Tratados internacionales ni Constituciones ni leyes (ni siquiera sus exposiciones de motivos) invocan las razones del paternalismo estatal como justificadoras de actuaciones interventoras o prestacionales. Aquellas fuentes normativas atribuyen al Estado, eso sí, no pocas responsabilidades sobre la sociedad a la que sirve. Recordamos que el Estado (y la sociedad) es *para el hombre*: es decir, sirve a la persona humana. El Estado tiene en el servicio al hombre su razón de existir. Ciertamente que “sirve”, sobre todo, tutelando el libre albedrío de sus súbditos, pero también de muchas otras maneras: la Constitución imponen al Estado infinidad de responsabilidades sobre sus ciudadanos. Sirvan estos ejemplos: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (artículo 24); “los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación” (artículo 27.5); “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” (artículo 39); “competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (artículo 43.2); “los poderes públicos

promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho” (artículo 44.1), etc., etc.

Cierto también que el poder público puede desenfocar esta responsabilidad servicial o asistencial, y derivar hacia un despotismo más o menos agresivo o benéfico. Pero de entrada —basta observar la dicción constitucional—, estas tareas públicas resultan independientes de la tolerancia o rechazo del ciudadano: en muchos casos su efectiva prestación sí puede estar condicionada a la aceptación de la persona en plenitud de facultades (cuando esa prestación tenga carácter estrictamente personal —una atención sanitaria, por ejemplo—), pero en otros muchos casos tal aceptación ni se plantea (los cuidados ambientales, el alumbrado público, etc.) o no será posible ni necesaria (cuando el sujeto es incapaz de prestar su anuencia: una operación a un niño pequeño o a enfermo comatoso...). Reiteramos que no puede olvidarse que el Estado tiene especiales responsabilidades sobre el débil, el indefenso, el incapaz. De ahí que tutele a los niños de una manera tan especial, como es bien conocido, o a cualesquiera personas con facultades mermadas. Es por eso que me parece un recurso innecesario la invocación a la incompetencia del sujeto como justificadora de actitudes públicas de tutela de esas personas.

Que cuando estamos ante individuos “incompetentes básicos” —sujetos que carecen o tienen mermadas sus facultades cognoscitivas o volitivas y, en realidad, son incapaces de un verdadero consentimiento⁷³— el poder público puede, sin más, tutelar sus bienes y derechos es algo tan evidente que ya lo dejó sentado Mill acto seguido de proclamar la soberanía del hombre sobre su cuerpo y espíritu y el “principio del daño” como límite (por cierto, lo hizo, incluso, justificando el ejercicio del “despotismo” ante los que llamó “bárbaros”, siempre que aquel se ejerciera para atender al mejoramiento del desdichado). Aunque lo hiciera de una manera un tanto burda, Mill intuyó algo evidente: que el Estado tiene unas responsabilidades sociales “especiales” sobre las personas con aquellas deficiencias (sobre los incompetentes básicos, diríamos), que le dispensan de indagaciones en relación con su consentimiento sobre las medidas públicas tutelares sobre ellos.

Es decir, alguien privado de sus facultades mentales o que actúa bajo compulsión (un “incompetente”, se dirá por aquellos autores), en realidad no es una persona libre; de modo que, en ese caso, la injerencia del Estado no es que sea una “paternal injerencia tolerable”, como pretenden los autores “paternalistas”: es que no estamos ante una auténtica injerencia, ni por tanto ante ejercicio alguno de paternalismo estatal. La falta de condiciones mínimas para el ejercicio de la propia libertad *obliga* al Estado a garantizar esta libertad —por ejemplo, con las medidas policiales adecuadas (los barrotes en las ventanas de un psiquiátrico o las actuaciones *in vigilando*)—: en estos casos no se está restringiendo esta libertad (justificadamente), como dicen los autores estudiados, sino protegiendo a una persona que tiene anulada o disminuida su libertad interna o externa.

⁷³ Advierto que de los cinco casos de incompetencia recogidos por GARZÓN, los cuatro primeros son claros ejemplos de carencia de facultades decisorias; sin embargo, en el quinto supuesto alude a un sujeto en principio racional pero que actúa irracionalmente, mostrando incoherencia entre sus deseos y sus actos.

Pero a partir de ahí, pienso que, en particular sobre el intento justificador del paternalismo no moralista, en base al binomio incompetencia-consentimiento, pesa el lastre del liberalismo. Cuando se hace de la libertad personal algo omnímodo, que no cede sino ante *otra libertad* (la libertad de los demás), y que ignora otros valores o intereses (sociales), el poder público parece obligado a buscar a toda costa argumentos para limitar la autonomía de la persona en el caso de que no se identifique en su actuación un daño efectivo y tangible a los demás. Cuando el argumento para tal actuación pública es bien sencillo: el Estado sirve a la ciudadanía, especialmente a la más necesitada.

Por lo dicho, creo que del relato de incompetencias básicas de Garzón —que asumen tantos otros—, establecidas como condición para un *imperium* público que se imponga coactivamente al ciudadano, se deriva una conclusión engañosa: cabría deducirse de aquel que la aceptación expresa del sujeto pasivo es condición necesaria de las variadísimas atenciones públicas a la ciudadanía. Ya hemos dicho que estas prestaciones, en la mayoría de los casos, pueden no ser aceptadas o consentidas; pero lo que está claro es que, si no consta expreso rechazo, los servicios públicos (entendidos en sentido amplio) han de dispensarse, sea el sujeto competente o incompetente; y de no hacerlo, el poder público podría incurrir en responsabilidad por inactividad prestacional. Lo que quiero resaltar, en último término, es que para *hacer efectiva una limitación de la autonomía de un sujeto incompetente (en los términos descritos por Garzón) basta con la teoría general de las responsabilidades públicas sobre esas personas*.

En un paso más, corresponde detenernos en los peligros de la teoría jurídica que nos ocupa: peligros para la libertad individual y peligros para el bien común social, que analizamos separadamente.

El paternalismo (el físico y el moral, aunque este segundo me ocupará después específicamente) contiene, primeramente, un germen peligroso para la libertad individual. Ya decía más atrás que el planteamiento paternalista me parecía impropio y de tendencia liberticida. Con él, el Estado está saliendo de su rol: en ocasiones, entra en la conciencia de los ciudadanos; en otros, le impone lo que le conviene; o, en otros, sustituye a la familia en su función decisoria o educadora.

Decíamos también que el Estado sirve a las personas y a la sociedad; pero sirviendo, primeramente, a la libertad de las personas. Así, corresponde advertir que aquel “servicio” del Estado no implica “hacer” a las personas sanas⁷⁴ o morales (estas pueden no quererlo), sino facilitar los medios para que puedan serlo. Si el Estado se excede de este papel corre el riesgo de absolutizarse. Es decir, corresponde a los poderes públicos valorar y atender esos extremos, pero, ordinariamente, sin imponer de modo coactivo las conductas concretas conducentes a esa excelencia humana: por ejemplo, debe

⁷⁴ En concreto sobre la sanidad de las personas, el magistrado ÁLVAREZ MIRANDA, en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú de 19 de julio de 2011, escribió —a mi juicio, certeramente— que “no se puede compeler a la población a llevar una vida saludable. Tal aspiración, propia de un Estado totalitario, no resulta acorde con los valores y principios propios e inherentes que inspiran nuestra Carta Magna. A lo mucho, conforme ha sido señalado en los considerandos precedentes, puede incentivar o desincentivar determinados tipos de conductas mediante medidas de fomento” (punto 16 del voto).

facilitar las políticas y los medios médicos requeridos para una adecuada salud de la ciudadanía, pero no imponerlos... salvo que medien razones proporcionadas a su responsabilidad o derivadas de la condición social del hombre.

En segundo lugar, el paternalismo jurídico descrito implica un peligro para la sociedad, en la medida que lo es para el bien común social. Al olvidar los contornos de la libertad inmanentes a la socialidad humana, falla el presupuesto de partida: la libertad que el Estado *debe garantizar* no es una libertad huera, sin contenido, ni fines, ni límites, ni responsabilidades sociales: que no mire para nada al bien común. Bien dice Abellán que “la aspiración de la libertad como fin esencial del hombre no es la única finalidad existencial de este, sino que la libertad, aun siendo un valor irrenunciable, tiene que buscar vías de realización efectivas compatibles con otros valores y fines humanos”⁷⁵. Por eso, de la justificación paternalista de la intervención pública en la libertad individual se deriva un efecto que se presenta, a mi juicio, como el más nocivo: ya sabemos que estos autores restringen la posibilidad de imponer estas “medidas paternalistas” al caso de las personas incompetentes descritas⁷⁶. Es decir —y aquí creo que está el núcleo de la nocividad de esta postura paternalista—, *ante personas competentes, con racionalidad contrastada y plena capacidad decisoria, el Estado no podría, en ningún caso, limitar su autonomía individual*: ni intentar disuadirle de sus deseos suicidas, ni exigirle la escolarización de sus hijos, ni obligarle a una vacunación o a portar casco en la moto, ni negarle el reconocimiento legal de una determinada forma de unión sentimental. Estas imposiciones únicamente cabrían, se supone, ante sujetos incompetentes básicos. Lo que subyace aquí es la consideración, genuinamente liberal, de que no hay “planes de vida” mejores que otros; ahora bien —y no deja de ser una contradicción—, salvo que el sujeto sea incompetente, en cuyo caso el poder público sí establece cuál es el “plan de vida adecuado”.

2. Paternalismo y principio de autonomía: la imposición de conductas y el consentimiento del coaccionado

Nos detenemos ahora en las incidencias de la actuación pública paternalista sobre la libertad de los individuos. En este sentido es proverbial y digna de análisis la propuesta conciliadora entre el principio de autonomía y el paternalismo estatal (que opera también como un criterio diferenciador entre este y el perfeccionismo, a juicio de los defensores del primero y detractores del segundo).

Se ha afirmado, repetidas veces, el siguiente axioma sobre el paternalismo del Estado:

“no consiste en *imponer* ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido [de tal suerte que, se dice, la autonomía personal resulta

⁷⁵ Vid. ABELLÁN SALORT, J.C., “Fines y límites del Estado: ‘paternalismo’ y libertades individuales”, cit., p. 381.

⁷⁶ Así, GARZÓN VALDÉS sostiene, por ejemplo, que no está justificado una interferencia pública “cuando alguien con competencia básica quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí misma o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación”. Vid. op. cit., p. 168.

respetada], sino en *imponer* a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente”⁷⁷.

Por tanto, según esta ortodoxia paternalista, el Estado no impone con estas medidas “ideales vitales”, pero sí “conductas” concretas que se oponen a ellos. En virtud de la cual se sanciona que el paternalismo es compatible o “acepta” el principio de autonomía, lo que se le niega taxativamente al perfeccionismo. Primera cuestión: ¿es razonable este distinto rasero de juzgar las imposiciones públicas sobre planes de vida y sobre conductas? Pero sigamos.

De acuerdo con lo dicho, veamos cuál sería el supuesto de base del paternalismo justificado, ilustrado con un ejemplo: se parte de que el sujeto tiene unas personales opciones vitales, que han de permanecer libres de intromisiones públicas (por ejemplo, el “plan” de conservar su vida a toda costa, o el contrario —se supone, si realmente se quiere respetar su autonomía—: el “plan” de perderla cuanto antes). Por mor del principio de autonomía, el poder público respetará ese “plan de vida” *sin inmiscuirse en él o imponerle otro* distinto; pero, precisamente por ello, *sí se impondrá* al súbdito si este —aquejado de incompetencia básica— pretendiera acometer “conductas” que le pudieran separar de “su” plan (por ejemplo, si su plan fuera conservar la vida, el poder público se le impondrá coactivamente si pretendiera circular sin casco en la moto; pero si su plan fuera perder la vida, tendría que tolerar la conducción sin casco o retirar las barrotas de su habitación o su celda).

De todos modos, y aquí empieza nuestra crítica, esta supuesta asepsia o respeto en relación con el plan de vida no se compagina con las definiciones de paternalismo que hemos reproducido y con las consecuencias que se extraen. Todas hablan de imponerse coactivamente no para preservar o no dañar un determinado plan de vida (el que fuera), sino para evitar un daño... ¡al sujeto coaccionado! En algunos casos se insiste, incluso, en que tiene que tratarse de evitarse un daño grave; si no fuera así, la medida paternalista no estaría justificada⁷⁸. ¿Dónde queda el respeto al plan de vida?

Pasando ahora a la *imposición de conductas*, ha de reconocerse que tampoco es fácil compagarlo con el principio de autonomía. Ya hemos presentado el camino para intentarlo. Recuérdese que se definía el paternalismo como una “intervención coactiva” sobre conductas, pero, a la vez, y en aras a hacerlo compatible con el principio de autonomía, se invocaba el “consentimiento” (previo, futuro o hipotético) como exigencia justificante de aquella intervención.

Pienso que, también en este punto, las explicaciones que se proponen para que la medida paternalista no se considere atentatoria contra la autonomía del sujeto coaccionado resultan poco convincentes. Dicho de otra manera: el empeño liberal por hacer compatible, en cada caso concreto, la intervención coactiva estatal de tipo paternalista con la plena vigencia del principio de autonomía de la persona (es más,

⁷⁷ Términos exactos empleados por VILAJOSANA, J.M., “Moralización del Derecho, perfeccionismo y sociedad liberal”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 11, 2007/2008, p. 164.

⁷⁸ Así, RAMIRO AVILÉS, M.A., op. cit., p. 226-227: insiste en que la medida paternalista justificada exige que la persona sea incompetente básico y que “con la medida paternalista se evite un *daño grave* y *no fácilmente reversible*” (se supone que al sujeto y no al plan de vida).

hasta se presenta la defensa de este principio como el justificante ético de la injerencia pública en cuestión) me parece un intento de lograr la cuadratura del círculo: un imposible *per se*. Por definición, si se dice que una actuación sobre una persona tiene carácter “coactivo” (como dicen nuestros autores acerca de las medidas paternalistas), entonces es que no se está contando con el consentimiento del sujeto coaccionado; es decir, toda intervención coactiva se dirige, en todo caso, a limitar la autonomía de la persona afectada. De no ser así, no será una intervención coactiva. Por tanto, de llegarse al convencimiento —y más a la seguridad— de que el proceso de formación de la voluntad del sujeto no se ha producido (como ocurre ante una persona inconsciente) o está viciado (por ejemplo, en un loco o en alguien amenazado) no existe voluntad real; luego la intervención, en realidad, no es coactiva. En definitiva, si se diera alguna de las modalidades de consentimiento que se han referido no estaremos tampoco ante una intervención de ese carácter, sino ante una actuación consentida, lo que libera de las justificaciones que nos ocupan.

En este sentido, se cita por Ramiro Avilés un caso sintomático del endeble encaje de la teoría paternalista expuesta: el ejemplo del médico que interviene en urgencias a un accidentado en estado inconsciente. En mi opinión, se demuestra aquí la improcedencia de exigir aquí un consentimiento expreso previo, futuro o hipotético del sujeto para una intervención estatal que ha de considerarse no ya necesaria, sino incluso imperativa. Insisto en que no hay en este caso una auténtica injerencia porque no hay voluntad actual a la que imponerse, y la futura es, en ese momento en que se debe actuar, totalmente irrelevante. Sí se da, sin embargo, una obligación de servicio público irrenunciable para el Estado de atender al accidentado. Esta es la verdadera razón de ser de la intervención estatal en ese caso: las obligaciones del poder público de prestar servicios a la colectividad... como exigencia del bien común.

En último término, pienso, además, que el consentimiento “hipotético” al que se ha aludido es una quimera: no existe un tal consentimiento como no existe un “conocimiento hipotético” (las cosas o se conocen o no se conocen, o se consienten o no se consienten). Se podría hablar de un “consentimiento supuesto”, que en realidad no es un tipo de consentimiento del sujeto, sino la suposición formulada por otros de lo que el sujeto quiere o querría.

3. Frontera entre paternalismo y perfeccionismo en base a la exclusión de beneficios morales del primero

Quiero recordar las dos diferencias entre paternalismo y perfeccionismo, que fueron señaladas en su momento: el primero, se dice, respeta la autonomía del sujeto, mientras que el segundo no lo hace (ya analizado); y el paternalismo no se extiende a los daños o beneficios de tipo moral, mientras que el moralismo sí lo hace. Recuerdo también que algún autor, como Atienza, disintía de esta segunda diferenciación. Quisiera ahora referirme a esta segunda supuesta diferenciación. Adelanto, al respecto, que este segundo criterio diferenciador tampoco me parece convincente.

No me parece lógica la propuesta de levantar un muro insalvable entre el interés público por atender a bienes de carácter material (físico, psíquico y económico, suele decirse) y no hacerlo con bienes de tipo moral. Adviértase que, entre los partidarios del exclusivo paternalismo no moralista, las motivaciones para establecer esta distinción y las fronteras entre ambos conceptos no son idénticas.

Garzón parte de una relación entre paternalismo y perfeccionismo, y opta por distinguirlos en base a una razón más bien pragmática y poco definida. De hecho, un deseo de precisión conceptual le lleva a hablar de un “paternalismo jurídico propiamente dicho” en el que no cabría el perfeccionismo (que se supone sí cabría en un concepto amplio de aquel). Es decir, está reconociendo que, en el fondo, el perfeccionismo constituye una modalidad de paternalismo jurídico entendido en un sentido amplio.

Algunas motivaciones para esta exclusión del bien moral en la actuación paternalista resultan, cuando menos, curiosas o muy poco sólidas. Es el caso de la aportada por Alemany, apoyándose en Feinberg: “mi propuesta es, en todo caso, restringir el uso del término ‘paternalismo’ a la evitación de daños físicos, psíquicos y/o económicos”. Esto, dice, en base a dos razones:

a) “en parte por seguir los criterios del uso ordinario del término” (en fin, no parece que este “uso ordinario” esté acrisolado por una tradición jurídica consolidada, ni mucho menos); y

b) “en parte porque, como señala Feinberg, no es cierto que la degradación moral constituya necesariamente un daño para el individuo”, lo que apostilla afirmando que “lo será si el individuo tiene un interés particular en la excelencia moral o si, en las circunstancias sociales, tal degradación puede producir en el individuo daños de otro tipo y este carece de la astucia compensatoria para evitarlo”⁷⁹ (a lo que procede oponer: ¿por qué un maníaco sexual está menos necesitado que un accidentado físico o un ludópata?; además, tampoco parece lógico poner el acento en el “interés particular” del sujeto en un tipo determinado de excelencia, pues esta puede ser absolutamente extravagante; y desde luego, este individuo puede renunciar a cualquier bienestar físico, psíquico o económico y valorar por encima de ellos el moral)⁸⁰.

Esta (más o menos) radical separación entre paternalismo y perfeccionismo en base a los intereses humanos en juego revela los temores o recelos ante una supuesta imposición de la moral por el Derecho, “uno los temas clásicos que ha sido abordado desde la perspectiva de las relaciones entre el Derecho y la Moral”, dice el profesor Jorge Malem⁸¹.

⁷⁹ Vid. ALEMANY, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, cit., p. 272.

⁸⁰ Esta infravaloración del mal moral frente al mal físico no fue compartida por Immanuel KANT, que afirmaba al respecto lo siguiente: “los males físicos (*Übel*) se hallan ciertamente en la naturaleza, pero el auténtico mal, el moral (*Böse*), el vicio, radica en la libertad. A un desdichado lo compadecemos, pero a un hombre corrompido lo odiamos y hasta nos regocijamos en su castigo” (vid. “Ethica”, cit., p. 163).

⁸¹ MALEM, J., “De la imposición de la Moral por el Derecho. La disputa Devlin-Hart”, *Isonomía*, nº 4, 1996.

B. Crítica al paternalismo moral

Cuando se trata de que el Estado defina y promueva lo óptimo para el hombre en los aspectos materiales que le afectan —para su salud, por ejemplo— no suelen suscitarse especiales problemas (más allá, se entiende, de cuanto hemos expuesto acerca de la autonomía de las personas). Sin embargo, otra cosa es —se afirma por muchos— si lo que el Estado pretendiera lograr fuese la bondad moral de las personas —la “buena vida”, que decían los clásicos—. Ningún problema suele plantear el considerar al Estado como “agente médico”, pero muchos en reconocerlo como “agente moral”. Se pretende, pues, que el Estado no pueda asumir ni imponer ninguna concepción ética.

De esta problemática me ocuparé con mayor detenimiento más adelante, al abordar el elemento moral del bien común. Baste ahora con hacer un juicio sumario sobre el pretendido paternalismo moral. Juicio que no puede ser sino igual de negativo que el expresado acerca del paternalismo no perfeccionista: como ya se expuso, no dejan de ser ambos paternalismos estatales.

Decíamos más atrás que no corresponde al Estado “hacer” a las personas sanas o morales, sino facilitar los medios para que puedan serlo. Entiendo que tan exceso sería una imposición como la otra, de modo que el Estado goza del mismo título interventor en un campo como en el otro: el que le aporta su responsabilidad sobre el bien común (que precisaremos luego). “El orden jurídico y el orden político —recuerda el profesor Fernández-Miranda— no tienen por objeto hacer al hombre virtuoso sino hacerlo libre, esto es, humano, para que desde la libertad pueda, si quiere, ser virtuoso”⁸².

Robert P. George, sin embargo, defiende la legitimidad de un paternalismo moral del Estado. Recordemos lo central de su discurso en este punto. Parte de que “las leyes no pueden hacer morales a los hombres”, pues solo ellos mismos pueden hacerlo, al elegir libremente hacer lo correcto moralmente por la razón correcta⁸³. De manera coherente, añade que las leyes no pueden contribuir a aquella finalidad moralizadora de una manera directa o inmediata: su contribución a hacer morales a los hombres debe ser indirecta. “La ley, como guía más o menos impersonal —afirma—, debe aspirar nada más que a apoyar, o a un papel secundario”. De modo que reconoce que “los bienes morales no pueden realizarse por un paternalismo directo”.

En realidad, y como ya he dicho antes, creo que George llega a la conclusión correcta, pero su discurso argumental no es del todo adecuado. Ciertamente, cuando los poderes públicos miran exclusivamente al bien moral de las personas, de modo que no está en juego el beneficio común directa o indirectamente, no les imponen de manera directa una opción moralizante; luego, no ejercen propiamente paternalismo sobre ellos. Es por lo que entiendo que el paternalismo moral indirecto que George ampara no es verdadero paternalismo, al menos en el sentido que hemos empleado aquí de imposición coactiva para evitar un mal o imponer un bien (en este caso de carácter

⁸² Tomo la cita de SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudios sobre las libertades*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 54.

⁸³ Robert. P. GEORGE, *Para hacer mejores a los hombres*, cit. p. 17.

moral) para beneficiar al propio sujeto. En el fondo, creo que George y quien esto suscribe defendemos una conclusión semejante. A mi juicio, la condensa bien el profesor norteamericano en el siguiente párrafo:

“las leyes que mantienen con eficacia la moralidad pública pueden *contribuir* significativamente al *bien común* de cualquier comunidad, ayudando a preservar la *ecología moral* que ayudará a formar, para bien o para mal, las elecciones moralmente autoconstituyentes con las que las personas forman su carácter, e influyen a su vez en el entorno en que ellas *y otras*, en el futuro, tendrán que hacer tales elecciones”⁸⁴.

Siendo así, asentado que George defiende que al poder público no le corresponde moralizar a los ciudadanos, entiendo que, en rigor, no está avalando un verdadero paternalismo moral del Estado; el papel que le confía es, en realidad, otro: afirma que el poder público puede ayudar a “preservar la calidad del ambiente moral”; y este ambiente moral, ¿qué es sino expresión o componente del bien común? Sirva esto de introducción a cuanto se dirá más adelante.

4. Las claves de la intervención pública limitadora de la libertad individual propuestas por el autor

Hecha una presentación, y somera crítica, de las tesis liberal y “paternalista”, me propongo ahora explicar mi disentimiento de sus principales postulados, aportando y explicando las que considero como las claves de la cabal intervención del Estado limitadora de la libertad de las personas. Unos y otros autores parten, como no puede ser de otra manera, de la autonomía de las personas (y también lo haremos nosotros, en el apartado 1). A partir de ahí, tanto liberales como paternalistas tratan de determinar en qué condiciones los poderes públicos pueden excepcionalmente coartar aquella autonomía u orientarla en un sentido considerado como jurídicamente adecuado. Y en esta tarea, me parece que, ordinariamente, se han enfrentado a una ecuación jurídica compleja sin abordar todos los elementos necesarios.

Así pues, entiendo que ni el puro liberalismo ni los partidarios de la justificación paternalista atinan a precisar las posibilidades limitadoras del Estado sobre la libertad de las personas más allá del daño a los demás (que sin duda es límite esencial, lo que no quiere decir que no plantee problemas interpretativos, como veremos en el apartado 2). Creo, en definitiva, que caben otras explicaciones para las limitaciones a la libre autonomía de las personas distintas a las manejadas por estos autores, incluso cuando se supone que esas personas se están dañando únicamente a sí mismas. No se atiende —al menos no se hace adecuadamente— a la naturaleza social del ser humano, con las esenciales responsabilidades que esto comporta, en concreto a la hora de determinar las consecuencias sociales del actuar humano (lo que nos ocupará en el apartado 3). Sin duda, esas responsabilidades sociales conexas con el principio que constituye el

⁸⁴ *Ibíd.* p. 55.

patrón ordenador de la sociedad humana: el bien común. Por su condición de ser social, la conducta del hombre siempre guarda una relación con el bien común; pero si se justifica un tratamiento separado de este principio (en el apartado 4) es porque opera también como principal tarea de los poderes públicos, también cuando ordenan y limitan eventualmente las libertades ciudadanas.

En fin, sirva esta declaración papal, con más de un siglo de antigüedad, como una buena síntesis de la teoría que se expondrá:

“No es justo que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injurias de nadie. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros”⁸⁵.

A la vez que aborde las cuatro claves de nuestro estudio que se acaban de referir, atenderé también a una buena cantidad de casos concretos que presentan alguna enjundia jurídica en relación a nuestra problemática —fundamentalmente, se trata de los que se dejaron apuntados en la Introducción—. Desde luego, podrían haberse seleccionado otros, pero pienso que estos son suficientemente ilustrativos.

4.1. La autonomía privada (personal y familiar), patrón y límite de la intervención pública

A. Explicación de la tesis: Estado de Derecho, derechos de libertad y autonomía de las personas

De la autonomía de las personas como expresión de su dignidad —y como nuestro punto de partida inexcusable—, nos hemos ocupado desde el comienzo de esta investigación. Pero corresponde ahora condensar los puntos centrales al respecto o ahondar con algunos de ellos.

Expresaba también más atrás la que considero como la solución acertada de nuestra problemática: hacer pivotar la justificación de la intervención de los poderes públicos en la libertad individual sobre lo que constituye la finalidad básica del mismo Estado: la consecución del bien común. Del concepto de bien común me ocuparé específicamente en un apartado posterior. Ahora me detendré únicamente en lo que en realidad constituye su punto neurálgico: la tutela de los derechos y libertades de las personas. Acierta Llano cuando dice que “en la genuina concepción democrática de la sociedad, el poder justo no se contrapone a la libertad, sino que resulta de ella y con ella se armoniza”. De modo que “la sociedad democrática es un plexo solidario de libertades. Cabe decir, por tanto, que *la propia libertad social es en sí misma un bien común* que

⁸⁵ Papa León XIII, en la encíclica *Rerum novarum*, de 15 de mayo de 1891.

entre todos tenemos que mantener y acrecentar”⁸⁶. Estos derechos y libertades —y también los deberes— se erigen en la esencia del Estado de Derecho y, por ende, en el elemento primario del juego libertad personal/intervención pública que acometemos en este trabajo.

Es justo reconocer que fue la doctrina católica quien, tiempo ha, hizo hincapié en la misión estatal de servicio al bien común, así como en la centralidad que en tal misión correspondía a la tutela de los derechos y libertades de las personas⁸⁷. La misma idea la expresaré recurriendo a las palabras de dos maestros de la disciplina jurídico-administrativa española, García de Enterría y Martínez López-Muñiz.

García de Enterría, parafraseando el artículo 10.2 de la Constitución, escribió que “es meridianamente claro que el principal interés público está en asegurar ‘la dignidad de la persona [y] los derechos inviolables que le son inherentes’”⁸⁸. Por su parte, para Martínez López-Muñiz “la verdadera sustancia del Estado de Derecho está cabalmente en los derechos y libertades fundamentales”; de modo que —continúa— “el Poder público y los principios que deben aplicársele derivan todos de la necesidad de promoverlos, favorecerlos y garantizarlos, correcta, justamente articulados entre sí en su concreta e individualizada inherencia a todas y cada una de las personas humanas. No otra cosa es, en suma, el llamado interés general o el bien común a que deben servir la Administración y todos los Poderes públicos”⁸⁹.

Manifestaciones estas que nos abocan a leer el tenor del tantas veces ponderado artículo 9.2 de nuestra Constitución en el sentido de considerar la misión que allí se confía a los poderes públicos —promover y tutelar la libertad de los individuos y de los grupos en que se integran— como la más esencial que deben asumir. Por tanto, a los poderes públicos corresponde, fundamentalmente, configurar, proteger y, eventualmente, limitar la libertad de las personas. Su primera máxima de actuación en relación con sus ciudadanos es estar a favor de su libertad —*favor libertatis*—, respetando, como línea de principio, sus opciones libres. En este sentido, puede decirse que para un poder público respetar “los derechos de libertad” es obligación más imperiosa que facilitar los “derechos de prestación”. Esto en la medida en que, permaneciendo todos los derechos de las personas como derivación de la dignidad humana, algunos —los derechos de libertad— son manifestación más inmediata y nuclear de aquella dignidad, lo que hace más inexcusable su respeto y tutela. Ya sabemos que como complemento de los concretos derechos de libertad podemos hablar de un *derecho o principio general de libertad*, que sustenta el que se ha conocido como principio de autonomía. Esta autonomía, y consiguiente intimidad personal y familiar,

⁸⁶ LLANO, A., *Humanismo cívico*, cit. p. 106.

⁸⁷ El Papa Juan XXIII, en la encíclica *Mater et Magistra*, de 15 de mayo de 1961, al tratar del Estado dice: “cuyo fin es proveer al bien común en el orden temporal”. Y tres años más tarde, en su encíclica *Pacem in terris*, firmada el 11 de abril de 1963, escribió lo siguiente: “En la época actual se considera que el bien común consiste principalmente en la defensa de los derechos y deberes de la persona humana”; de modo que “tutelar el campo intangible de los derechos de la persona humana y hacerle llevadero el cumplimiento de sus deberes debe ser oficio esencial de todo poder público”.

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la ‘apariencia de buen derecho’ para el otorgamiento de las medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad”, en *La batalla de las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992, p. 206.

⁸⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El Derecho Administrativo moderno. El Derecho Administrativo en la construcción de una sociedad moderna”, *Revista de Derecho* (Perú), vol. 4, 2003, p. 155.

constituyen un ámbito de libertad que ha de permanecer —en la mayor medida posible— inmune a la intromisión pública, pues son expresión tangible de la dignidad de las personas.

Tal como se ha adelantado —y es lo que justifica este trabajo—, el problema de la libertad de las personas es su límite. Se dijo que en su ejercicio no podrá dañarse a los demás (entendidos tanto individual como colectivamente —la sociedad, podríamos decir—). ¿Y las acciones exclusivamente privadas de las personas? Nos referimos a las decisiones libres que —se supone— se mantienen en el exclusivo ámbito privado, personal y familiar. Otto Mayer dijo al respecto que “en principio, el individuo se pertenece, ante todo, a sí mismo; lo que no excede de la esfera individual no se considera como un daño social que debe evitarse. Se forma así la noción de vida privada, esfera de la existencia individual inaccesible a la policía, que no interesa a la sociedad”⁹⁰.

Sobre la base del razonamiento del maestro alemán, podemos decir que, en principio —es decir, sin perjuicio de los límites que luego se explicarán—, la persona, en virtud de su autonomía, es libre para adoptar aquellas decisiones permanezcan en esta estricta esfera privada, es decir, que le afecten únicamente a sí mismo; y ello, cabría añadirse, por irracionales que resulten tales decisiones o acciones (fumar o beber demasiado, trabajar en exceso, decía Chesterton).

Como plasmación de este principio al más alto nivel judicial es invocable la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 29 de abril de 2002, en el asunto *Pretty contra Reino Unido*. Aunque la causa se centró en la disposición de la propia vida, hizo unas valoraciones aplicables en general a la autonomía de las personas y a la injerencia pública en esa autonomía. Allí se afirmó en el apartado 62, al tratar del respeto a la vida privada, lo siguiente:

“El Tribunal señala que la facultad de cada uno de llevar su vida como le parezca puede también incluir la posibilidad de entregarse a actividades consideradas física o moralmente perjudiciales o peligrosas para su persona. La medida por la cual un Estado puede recurrir a la coacción o al derecho penal para prevenir a las personas contra las consecuencias del estilo de vida escogido por ellas, ha sido largamente debatida, tanto moralmente como jurisprudencialmente, y el hecho de que la injerencia se perciba a menudo como una intrusión en la esfera privada y personal no hace sino añadir vigor al debate. Sin embargo, incluso cuando el comportamiento en cuestión representa un riesgo para la salud o cuando razonablemente se puede considerar que es potencialmente mortal, la jurisprudencia de los órganos del Convenio estima la imposición por parte del Estado de medidas de coacción o de carácter penal atentatoria contra la vida privada, en el sentido del artículo 8.1, y que requiere una justificación conforme al segundo apartado de dicho artículo”.

⁹⁰ OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 21. Los aspectos criticables de esta cita —al concebir al hombre como un “castillo cerrado”, ajeno a condicionantes sociales— el propio MAYER los matiza en el mismo párrafo, como veremos más adelante.

Este pronunciamiento del TEDH debe ser interpretado en su conjunto (a lo que no invita, por cierto, la desproporción entre la detallada descripción de la regla general, frente a la escueta referencia a la excepción que hace la frase final —desproporción que no se da entre la redacción del apartado primero y el apartado segundo del artículo 8 del Convenio europeo—). Es evidente que la autonomía de las personas conduce en numerosas ocasiones a comportamientos irracionales, perjudiciales para el propio sujeto, que, ordinariamente, permanecen inaccesibles para el Estado en la medida en que son un ejercicio de aquel principio general de libertad, invocado en la Introducción. Pero no podemos considerar esta autonomía individual como un absoluto, desligándola de la posibilidad de injerencias públicas justificadas. Es decir, cierto que el mensaje central de este pronunciamiento del TEDH se concreta en la obligación de respetar “la facultad de cada uno de llevar su vida como le parezca”, pero a la par se proclama la posibilidad de una cumplida justificación de injerencias públicas en la vida privada de las personas. Y es esta segunda parte la que requiere pausadas reflexiones, que acometemos en lo que resta de este trabajo.

B. Una autonomía individual limitada: deberes para con uno mismo y deberes para con la sociedad (remisión)

Se han descrito las “premisas mayores” de nuestro juego libertad/ intervención; primera: al actuar los hombres somos libres, pero no debemos dañar a los demás; segunda: en los ámbitos privados de la persona, en el que sus acciones no afectan a nadie más, es ella “la que decide” —como diría Chesterton—, y en principio no caben medidas coactivas, y menos penales, contra sus opciones o decisiones, aunque estas resulten irracionales o dañinas para su persona.

Pero vayamos con la “letra pequeña” de la segunda premisa, la más problemática: ¿está claro qué acciones de las personas afectan solo a ellas?, ¿ocurre con el perder su vida?, ¿en esa esfera de individualidad, la libertad del individuo para adoptar decisiones que afecten a él solo es plena y absoluta?, ¿cabén límites?

De momento, recordemos que la misma sentencia del TEDH admitía eventuales imposiciones estatales en la esfera privada, requeridas, eso sí, de “una justificación conforme al segundo apartado de dicho artículo (el 8 del Convenio)”. Este artículo, que lleva como rúbrica “respeto a la vida privada y familiar”, comienza sentado, en su apartado primero, de manera escueta, que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, para después, en su apartado segundo, detallar las posibilidades de injerencia pública, en estos términos:

“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales,

la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Es decir, establece un elenco nada despreciable de condicionantes a la autonomía privada de las personas, aún en ámbitos que pueden considerarse de privacidad. Es claro, pues, que sobre la “vida privada” de las personas —así, en general— pesan limitaciones. Pienso que, de entrada, estos límites se pueden derivar de deberes para consigo mismo y deberes para con la sociedad.

Una vez más acudimos a la filosofía, de la mano de Immanuel Kant. No podemos dejar de advertir que ha sido llamado el “hombre del Derecho”, en cuanto que su filosofía tiene una inspiración jurídica⁹¹. “Deberes para con uno mismo” es una expresión que él usó, quejoso de la poca atención que se les había dispensado⁹², cuando, a su juicio, tales deberes “ocupan el primer lugar entre los más importantes”. En este punto hace unas interesantísimas reflexiones, de relevancia para nuestra investigación, de las que conviene dar somera cuenta. A saber: “quien contraviene los deberes para consigo mismo tiene en poco a la humanidad y no queda en situación de poner en práctica los deberes para con los demás”; “la regla originaria conforme a la cual debo restringir la libertad se cifra en compatibilizar la conducta libre con los fines esenciales de la humanidad”; “uno no es libre de disponer de su persona como de un medio, dado que las consecuencias de tal acción le sobrepasan”; “el principio de todo deber es, por lo tanto, la coincidencia del uso de la libertad con los fines primordiales de la humanidad”.

Cierto que Kant, al tratar de estos “deberes para con uno mismo”, advierte que nos movemos en el terreno moral: comienza sentando que aquellos deberes “no admiten un tratamiento jurídico, puesto que el Derecho se ocupa únicamente del comportamiento frente a otros hombres”. De resultas de lo cual afirma que es “necesario que el hombre se imponga máximas y restrinja mediante reglas aquellas acciones libres que solo le competen a él, y constituya así reglas y deberes que son instaurados por él mismo”⁹³.

En definitiva, pienso que dos enseñanzas pueden extraerse de las reflexiones del genial filósofo alemán: en primer lugar, que los deberes para con uno mismo (de carácter moral, sin sanción jurídica) no pueden, sin embargo, desligarse de los deberes para con los demás (estos sí, jurídicamente exigibles); en segundo lugar, que las acciones indignas que realicen los hombres pueden producir efectos que “le sobrepasan”, es decir, que van más allá de los límites de su privacidad.

También desde la filosofía, Millán-Puelles proclama un “*deber general*, en el cual se resumen los diversos deberes de toda persona humana”: el de “mantenerse a la altura

⁹¹ Vid. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., “La fundamentación del Derecho en Kant”, *Anuario de Filosofía del Derecho* IX, 1992, p. 395.

⁹² Dice en su “*Éthica*”, ya citada: “Ninguna parte de la moral ha sido tratada de forma tan deficiente como la que versa sobre los deberes para con uno mismo. Nadie ha llegado a tener una concepción adecuada de los deberes para con uno mismo, porque se les tiene por una bagatela, por un mero apéndice de la moralidad; parece como si solo una vez que el hombre ha cumplido con todos los deberes pudiera finalmente ponerse a pensar en sí mismo” (p. 157).

⁹³ *Ethica*, cit., p. 162-63. No puede dejar de advertirse que para una crítica de la concepción filosófica kantiana de dignidad —entendida como algo inmanente, que determina una autonomía moral de la conciencia—, vid. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 445-446.

de su dignidad ontológica al hacer uso de su libertad”⁹⁴. Se proclama aquí un *deber moral*; pero, ¿en que medida resultará exigible jurídicamente?, ¿cuándo y en qué condiciones puede el Estado entorpecer la autonomía de las personas en estos casos en que nos mantenemos en su esfera privada y, por tanto, no se percibe un atentado directo a los derechos de los demás? He aquí la respuesta que considero adecuada y que se irá glosando: por una parte, según acabamos de ver, en las apreciaciones de Kant se traslucía la relevancia social —cierto que en grados muy distintos— de muchas actuaciones privadas de las personas: es derivación de la naturaliza radicalmente social del hombre, que le obliga a no desentenderse del bien común de la sociedad que lo acoge; por otra parte, recordamos que el papel del Estado de preservación de ese bien común —su verdadero razón de ser— implica, esencialmente, la obligación de servicio y tutela de los derechos de las personas, lo que comporta, tantas veces, actuaciones limitativas de la autonomía individual.

De momento, abordaremos dos ámbitos que se suelen considerar prototípicos de la autonomía individual, pero en los que el sentido y la intensidad de la intervención pública resulta discutibles en una medida muy considerable: la autonomía de las personas acerca de la conservación de su vida y la autonomía e intimidad de las familias.

4.2. El principio *alterum non laedere* y el valor del consentimiento de la víctima

A. Punto de partida: no está justificado el daño a otro

Aunque se ha dicho que el “principio del daño a terceros” constituye “un límite teórico elaborado por la doctrina del liberalismo para trazar el ámbito de la libertad”⁹⁵, si he optado por intitular este apartado con la versión latina de la expresión “no dañar a los demás” es para resaltar que cuando el liberal John Stuart Mill recogió aquel principio como una excepción —en realidad, lo consideró como *la* excepción— a la libertad de acción de las personas no estaba siendo en absoluto original. Es sabido que *alterum non laedere* es uno de los tres clásicos *iuris praecepta* del Derecho Romano⁹⁶. A su estela, el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 rezaba, al definir la libertad que porfió por proteger, que esta “consiste en poder hacer lo que no dañe a otros”⁹⁷. Lo que equivale a afirmar que un ser humano no está legitimado, en ningún caso (como línea de principio), para infringir directamente un mal a otro ser humano.

⁹⁴ MILLÁN-PUELLES, A., Voz “Persona”, en *Léxico filosófico*, Rialp, Madrid, 1984, p. 466.

⁹⁵ Vid. DÍAZ PINTOS, G., *Autonomía y paternalismo*, cit. p. 87.

⁹⁶ Que fueron enunciados así por Ulpiano: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; es decir: vivir honestamente, no hacer daño a otros y dar a cada uno lo que es suyo.

⁹⁷ Continuaba así: “por tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos”.

Nada que reprochar, evidentemente, al principio “liberal” que impide infringir algún mal a otra persona o colaborar en su causación. Otra cosa es que tal “sencillo principio” —así lo calificó Mill— esté “destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control”: se puede decir que este trabajo tiene como uno de sus objetivos esenciales demostrar lo insuficiente del planteamiento. Pero de lo que no cabe duda es que el daño a otro constituye causa legítima de intervención coactiva del Estado —limitadora y/o punitiva— sobre la libertad individual.

Volvemos, aunque ahora concisamente, a la sentencia *Pretty* del TEDH. El Tribunal rememora dictados suyos anteriores cuando afirma que “los Estados tienen el derecho a controlar, a través de la aplicación del derecho penal general, las actividades perjudiciales para la vida y la seguridad de los demás”. Está claro que podrá hacerlo no solo con los instrumentos penales, sino también —y prioritariamente— con los medios ordinarios de policía administrativa. Recuérdense cuál era el origen de la causa y la solución finalmente adoptada: que el Estado no podía permanecer impasible ante la causación de la muerte a otra persona... aunque esta lo consienta o lo solicite encarecidamente.

La apostilla final del párrafo anterior nos conduce a uno de los problemas esenciales que plantea el principio del daño, y que abordaremos acto seguido: el valor del consentimiento de la víctima en relación con la respuesta pública ante una actividad dañosa para otra persona. Es decir, si el individuo consiente el daño, ¿el poder público ha de inhibirse ante la causación del perjuicio?, ¿en qué casos y condiciones? Veamos.

B. *El valor del consentimiento de la víctima de los daños*

“El consentimiento de una víctima de la ‘trata de seres humanos’ a la explotación pretendida (...), será irrelevante (...)”. Sirva esta previsión del *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005⁹⁸, para introducir nuestro análisis acerca del valor del consentimiento de las víctimas cuando estas son objetivo de daños.

No cabe duda de que el consentimiento de las personas o entidades afectadas por multitud de comportamientos ajenos tendrá, no pocas veces, una relevancia decisiva en relación con la legitimidad de tal comportamiento. Esta virtualidad legitimadora se acoge en los más variados ámbitos jurídicos: así ocurre en el Derecho Internacional (en el que el consentimiento de los sujetos internacionales afectados operará como causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza⁹⁹); o en el sistema de derechos que regula la Constitución (así, su artículo 18 condiciona la ilegalidad de la entrada en el domicilio ajeno a la falta del consentimiento del titular); o en un sinnúmero de acciones públicas

⁹⁸ El Convenio, y su instrumento de ratificación por parte del Estado español, se publicó en el BOE de 10 de septiembre de 2009.

⁹⁹ Vid. DÍAZ BARRADO, C.M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza*, en *Derecho Internacional* (2 volúmenes), Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1989.

(claramente, para las de fomento o favorecimiento, cuya efectividad depende de la libre acogida del ciudadano, como, por ejemplo, en la propaganda pública antitabaco).

Aquí trataremos de determinar, en concreto, si el hecho de que una persona consienta los daños que le provoca otra elimina la antijuridicidad de una conducta. La respuesta que se dé determinará, claro está, la reacción del poder público, que será limitadora y correctiva, por la vía penal o la administrativa, para el caso de que el consentimiento no excluya el reproche jurídico. Sin ser, ni mucho menos, compartimentos estancos, me centraré aquí en el ámbito penal (del administrativo me ocuparé al tratar uno de los ejemplos).

En el ámbito penal, el consentimiento del sujeto pasivo no está regulado, ni siquiera mencionado, como eximente de carácter general en el catálogo contemplado en el artículo 20 del Código Penal vigente; y tampoco en otros preceptos de su parte general. Únicamente, entre algunos tipos de la parte especial se alude al consentimiento a efectos de determinar o bien la tipicidad del comportamiento o bien la exención de la responsabilidad criminal¹⁰⁰.

En un somero repaso, procede hacer una distinción sobre los efectos que pudieran derivarse del consentimiento de la víctima según el tipo de bien jurídico afectado por la conducta inculpada:

— En primer lugar, existen determinados delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, comunitarios o macrosociales, en los cuales el consentimiento del ofendido carece de relevancia jurídica; ello en la medida en que no hay una sola persona afectada, sino que lo es toda la comunidad, la cual, como tal, no puede consentir. Encajan aquí los delitos del Título XIX del Código Penal (“Delitos contra la Administración Pública”), que atienden al interés colectivo de la sociedad.

— En segundo lugar, otra serie de delitos afectan a bienes jurídicos individuales o personales, en los cuales el consentimiento del titular excluye la responsabilidad penal: ocurre así en la medida en que se trata de bienes jurídicos disponibles, en los que el titular puede renunciar a su protección con plena validez jurídica o, al menos, con eficacia excluyente de la tipicidad penal de la conducta del tercero, en base al “principio de ausencia de interés” de protección por su titular. En alguna ocasión, la eficacia sanante se reconoce expresamente en la regulación legal, como es el caso de transplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (artículo 156 CP); pero, en la mayoría de los casos, se deriva del hecho de que, al describir la acción prohibida, se exige el disenso del titular del bien protegido como necesario para que haya delito¹⁰¹ o, en

¹⁰⁰ Por pertenecer a la estricta dogmática penal, y resultar irrelevante a nuestros efectos, se comprenderá que no me detenga en la cuestión —muy debatida, por cierto, en esa disciplina— en torno a la naturaleza jurídica del consentimiento, allí donde se muestra eficaz para disolver la responsabilidad penal, bien como causa de atipicidad de la conducta o bien como causa de justificación. Vid. al respecto LUZÓN PEÑA, D.M., (dir.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, y SEGURA GARCÍA, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 54 y ss.

¹⁰¹ Si la existencia del delito exige la voluntad contraria del sujeto pasivo, es claro que su consentimiento excluye el delito. A modo de ejemplo, ocurre con el allanamiento de morada (artículo 202 CP) o con los actos contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona (artículo 181 CP).

fin, la necesaria falta de anuencia se deduce sin dificultad de la interpretación del tipo¹⁰².

— Finalmente, nos interesan especialmente aquellos delitos contra bienes jurídicos individuales que el Derecho considera indisponibles, de modo que el consentimiento carece de eficacia eximente. Interesa mucho resaltar cuál es la razón fundamental para ello: explica el penalista Luzón Peña que la clave está en que, jurídicamente, se considera prevalente un *interés comunitario* en la salvaguarda de tales bienes jurídicos sobre la eventual voluntad del sujeto pasivo de renunciar a su protección¹⁰³. Es decir, no se trata de que Estado imponga a sus ciudadanos un apego por su vida o su salud — lo que sería una *ratio* paternalista—, sino de evitar una sociedad “selvática”, que permitiera alegremente que unos se dañen a otros en aspectos nucleares de la dignidad de las personas. En la base de tal preferencia bien puede situarse el siguiente razonamiento del profesor De Castro Vítors: “una desatención a la dignidad de la persona, cabría decir, lesiona, debilita y subvierte el ordenamiento mismo y la paz social”¹⁰⁴.

En el caso de estos delitos, estamos, normalmente, ante bienes jurídicos básicos y esenciales de la persona y, además, irreparables (es el caso de la vida) o muy difícilmente reparables (como la integridad física y psíquica, y la salud en general), con lo que el consentimiento en su destrucción provocaría una imposibilidad de cambiar más tarde la decisión. Se apunta también, como razón para negar eficacia al consentimiento, el hecho de que se trata de “consentimientos muy anómalos” por ser contrarios al instinto de conservación, por lo que cabe temer o sospechar anomalías graves en tales decisiones (es decir, inexistencia de una voluntad libre o espontánea) o incluso la posibilidad de abusos para obtener tal consentimiento¹⁰⁵.

Los casos más claros de ineficacia eximente del consentimiento, por ser así expresamente proclamado por el Código Penal, son los de homicidio (de modo que se pena tanto el auxilio al suicidio como el homicidio consentido —artículos 143.2 y 143.3—), el aborto (artículo 145) y, básicamente, las lesiones (artículo 147; no obstante, se citó el efecto eximente del consentimiento en el caso de transplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, incluidos entre las lesiones; además, cabe interpretar que la anuencia es eximente en las faltas). Ha de advertirse que en los tres casos el consentimiento, sin tener efecto eximente, sí determina la menor gravedad de la pena (aunque tal minoración del reproche penal no siempre se reconoció en nuestra legislación reciente¹⁰⁶). Ahora bien, en el caso del homicidio-suicidio y del aborto el que

¹⁰² En ocasiones, el verbo empleado implica de por sí que la conducta tiene lugar sin el consentimiento del ofendido, como ocurre con el verbo “obligar”.

¹⁰³ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., “El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal”, en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (dir.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 380.

¹⁰⁴ Vid. DE CASTRO VÍTORES, G., “La consideración jurídica del ser humano en formación: notas acerca de la normativa sobre técnicas de reproducción asistida”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 2001, p. 17.

¹⁰⁵ Así lo entiende el mismo profesor LUZÓN PEÑA, D.M., op. cit., p. 380.

¹⁰⁶ Para el homicidio consentido, en el Código Penal vigente hasta 1995 (del año 1973) el consentimiento carecía de significación en la medida en que el artículo 409.2 preveía para aquel delito la misma pena que la señalada en el artículo 407 para el homicidio simple (reclusión menor).

medie o no el consentimiento determina la existencia de tipos penales distintos¹⁰⁷, mientras que en el caso de las lesiones el consentimiento opera como atenuante de la responsabilidad penal¹⁰⁸. En todos los casos, se entiende que al haber consentido o aceptado la víctima la acción lesiva u homicida la gravedad de la conducta objetiva del autor es menor. El consentimiento no funciona, en cambio, como eximente pleno, porque, desde un punto de vista jurídico, estos bienes se deben considerar como indisponibles.

No puede dejar de señalarse que, siendo estos los casos de negativa legal taxativa a reconocer virtualidad plena al consentimiento de la víctima (sin perjuicio de lo que se acaba de referir), no quiere ello decir que sean necesariamente los únicos: para la mayoría de los delitos, el Código Penal no dice nada al respecto, ni se puede colegir de él cuál será el valor del consentimiento¹⁰⁹. Se requiere una labor interpretativa *ad casum*, que no nos corresponde acometer.

Creo que está justificado este *excursus* penalista sobre el valor del consentimiento de los ofendidos en daños ocasionados por los demás. De él puede concluirse el carácter excepcional de la relevancia del consentimiento, a la vista del carácter de *ius cogens* del Derecho Penal frente al Derecho Civil —presidido, como sabemos, por el principio de autonomía de la voluntad—. En cualquier caso, básicamente, se niega relevancia a la anuencia de la víctima, al menos como eximente, en relación con aquellos comportamientos vinculados al núcleo de dignidad de las personas, consecuencia directa del carácter absoluto e inderogable de esta dignidad.

Es evidente que las soluciones legales, hasta donde se han establecido, no serán compartidas por todos: bien dice López Barja de Quiroga que “una de las cuestiones en donde más aflora la ideología de un Código Penal es la relativa a la eficacia del consentimiento del titular de los bienes jurídicos”. Quizá habrá que convenir con este autor en que “una concepción marcadamente liberal ha de prestar relevancia a dicho consentimiento”. No obstante, cabría preguntar “cuánta” relevancia se le concedería, porque reconocerle “alguna” relevancia resulta una obviedad. En estos temas, los blancos y negros, sin grises o matices, suelen ser peligrosos; es por lo que no estoy seguro que sea atinado afirmar acto seguido que “una ideología de corte totalitario o, al menos estatista, prescindirá del mismo” [del consentimiento]¹¹⁰. A mi juicio, atribuir la defensa incondicionada de los aspectos de la persona más vinculados a su dignidad a pretensiones totalitarias o estatistas bien podría considerarse como un exceso de simplificación.

¹⁰⁷ El delito de homicidio (artículo 138) se distingue del auxilio al suicidio que implique la ejecución de la muerte (artículo 143.3); las penas varían: de 10 a 15 años para el primero, y de 6 a 10 años en el segundo). Para el aborto el Código regula por una parte el que es practicado “sin” el consentimiento de la mujer (artículo 144) y por otra el ejecutado “con” él (artículo 145), con penas notoriamente distintas (de 4 a 8 años en el primer caso y 1 a 3 años en el segundo).

¹⁰⁸ Para el caso de las lesiones, dice el artículo 155 que “si ha mediado el consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido del ofendido, se impondrá pena inferior en uno o dos grados”, es decir, como atenuante. Sin embargo, se excluye la validez del consentimiento emitido por un menor o un incapaz.

¹⁰⁹ Adviértase, por ejemplo, que en Códigos anteriores al vigente ni siquiera el delito de lesiones era objeto de previsión alguna al respecto. Vid. SUÁREZ MONTES, R.F., *El consentimiento en las lesiones*, cit. p. 15.

¹¹⁰ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento en el Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 3.

Insisto en que, desde la perspectiva penal y en una visión equilibrada, se puede concluir que, para los aspectos más ligados a la dignidad humana —al menos, su vida y su integridad física y moral—, la ilegitimidad de un daño infringido por un individuo a otro, y la consiguiente obligación estatal limitadora, son independientes de que el sujeto pasivo pudiera consentirlo. Cuando tal proposición es observada no puede afirmarse que, entonces, el Estado está acudiendo “paternalmente” en auxilio del dañado para protegerlo contra su voluntad autodestructiva: en rigor, está protegiendo el orden social general (o el bien común), que quedaría tremendamente dañado si dejara la tutela de estos derechos al albur de las inextricables voluntades de sus ciudadanos.

En fin, cualquier persona con conciencia clara del valor del ser humano y conocedor de la esencia del Derecho —al servicio del hombre “social”— concluiría que resultaría grotesco que los textos normativos del más alto rango, cuando proclaman solemnemente la dignidad humana o el derecho a la vida y proscriben, por ejemplo, el homicidio, la tortura o los tratos inhumanos o degradantes añadieran una apostilla final de este tenor: “salvo que las víctimas lo consintieran”. Subyace aquí un idea que expresa magistralmente el filósofo Millán-Puelles: “lo que la primacía del bien común significa ante todo, y en orden a la dignidad de la persona humana, es que por encima del respeto a la categoría particular de un hombre determinado o de un determinado grupo de hombres, está el respeto a la dignidad común a todos los seres humanos (...) puesto que la dignidad de que se trata es la que pertenece al hombre en general y no la que particularmente corresponda a este o a aquel hombre”¹¹¹.

4.3. Condición radicalmente social del ser humano y los daños y costes sociales de su actuación privada

Atendido el principio de daño a tercero —el gran freno o límite de la autonomía de las personas—, a partir de ahora corresponde centrarnos en valorar aquellos comportamientos humanos que —al menos en principio— no dañan a los demás. De hecho, hacia ahí apuntaba, básicamente, la polémica entre Chesterton y Shaw relatado en las primeras líneas de este trabajo. Ello nos conduce al estudio de la primera y, en el fondo, la más relevante de las premisas frecuentemente olvidadas al pretender resolver la intrincada cuestión jurídica que supone la intervención pública en la libertad individual de las personas —al menos en lo relativo a sus acciones privadas—: me refiero a que *el hombre es un ser esencialmente social*. Su adecuada comprensión simplificaría extraordinariamente el problema, al contextualizar de modo adecuado la dignidad humana y, por tanto, el ámbito “libre y exclusivo” de las personas.

La filosofía clásica consideraba este carácter social del hombre, no ya algo esencial, sino también como una condición humana “radical”, “natural” o “fundamental”. “El hombre

¹¹¹ MILLÁN-PUELLES, A., ensayo “El bien común”, incluido en el libro *Sobre el hombre y la sociedad*, cit. pp. 125-126.

—dice Aristóteles— es social y, por naturaleza, conviviente”¹¹². Convivencia que presentaba el gran filósofo griego como un medio enteramente imprescindible para la perfección y la felicidad del ser humano¹¹³. Es sabido que esta índole social del hombre y, por tanto, meramente natural de la sociedad civil, fue negada por Hobbes y Rousseau¹¹⁴. Pero también es cierto que buena parte de la filosofía moderna los proclama sin ambages, e insiste en su necesidad para la perfección del hombre¹¹⁵. La hoy tan ponderada filósofa judía Hannah Arendt escribía en 1958 que “la *vita activa*, vida humana hasta donde se halla activamente comprometida en hacer algo, está siempre enraizada en el mundo de hombres y de cosas realizadas por estos, que nunca deja ni trasciende por completo”; de modo que “ninguna clase de vida humana, ni siquiera la del ermitaño en la agreste naturaleza, resulta posible sin un mundo que directa o indirectamente testifica la presencia de otros seres humanos”. De ahí que Arendt considerase esa sociabilidad como “condición humana fundamental”¹¹⁶. Las referencias podrían multiplicarse. “Un hombre fuera de la sociedad —decía gráficamente Recaséns Siches— constituiría un pensamiento tan absurdo e imposible como un cuadrado redondo o como un cuchillo sin mango y sin hoja”¹¹⁷.

¿Y cuáles serían las consecuencias jurídicas de esta ontología social humana? Parece claro: esta circunstancia condiciona las actividades de los hombres. “Todas las actividades humanas —nos dice también Arendt— están condicionadas por el hecho de que los hombres viven juntos”¹¹⁸. Pretender una esfera estricta y exclusivamente privada, ajena a condicionante alguno, resulta quimérico, y además es irreconciliable con la interdependencia antes referida. “Desde el punto de vida antropológico —nos dicen también desde la filosofía—, la presunta separación entre lo público y lo privado difícilmente se mantiene. Porque a la propia condición de la persona humana le corresponde la vocación ciudadana”¹¹⁹.

Nótese que acabo de citar a varios filósofos. Parece que los juristas nos mostramos remisos a reconocer una realidad humana que antecede y condiciona las regulaciones que gestamos. Lo demuestra el hecho de que encontremos pocos ecos jurisdiccionales y

¹¹² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, cit., IX, 9, 1169.

¹¹³ Tomás de AQUINO desarrolla así este pensamiento aristotélico: “Dado que el hombre es por naturaleza un ser social —ya que necesita para su vida muchas cosas que ningún individuo humano puede procurarse para sí solo—, resulta lógico que naturalmente forme parte de alguna sociedad que pueda ayudarle a vivir bien. De esa ayuda necesita, ciertamente, para dos clases de cosas. En primer lugar, para todo lo que la vida requiere y sin lo cual esta no sería soportable; y, a estos efectos, lo que ayuda al hombre es la sociedad doméstica (...). En segundo lugar, el hombre se ayuda de la sociedad (...) para la completa suficiencia de la vida, es así es como ayuda al hombre la sociedad civil, de la que forma parte, no solo en lo que concierne a los bienes corpóreos (...), sino también en lo que respecta a los bienes morales” (*In Ethicor*, I, lect. 1, n^o 4).

¹¹⁴ Para detalles de las posturas de Hobbes y Rousseau, vid. la voz “Sociedad civil” en MILLÁN-PUELLES, A., *Léxico filosófico*, cit. p. 553.

¹¹⁵ El mismo MILLÁN-PUELES, frente a esas opiniones discordantes, proclama que “el hombre es un ser naturalmente social porque todo individuo necesita la ayuda de otros individuos de su especie para poder vivir y no de cualquier manera, sino precisamente como hombre” (p. 531). En la misma línea, dice Leonardo POLO, un referente en la filosofía contemporánea española, que “todos aprenden de todos a ser hombres, y eso es así porque uno no se desarrolla como hombre en toda la riqueza de posibilidades. Para esto es menester la convivencia (...) la plenitud humana de cada uno solo se alcanza en común” (vid. *La esencia del hombre*, EUNSA, Pamplona, 2011, p. 231).

¹¹⁶ Vid. ARENDT, H., *La condición humana*, versión española traducida por Ramón Gil, Seix Barral, Barcelona, 1974, p. 39.

¹¹⁷ RECASÉNS SICHES, L., *Introducción al estudio del Derecho*, 7^a ed., Porrúa, México, 1985, p. 35.

¹¹⁸ ARENDT, H. *ibíd.*, p. 39.

¹¹⁹ LLANO, A., *Humanismo cívico*, cit. p. 94.

escasas referencias doctrinales acerca de las consecuencias sociales de las acciones “privadas” de los hombres.

En cuanto a lo primero, en la causa sustanciada en la Corte Constitucional de Colombia sobre la obligatoriedad del cinturón de seguridad (C-309/97, ya citada), la Sala rechaza inicialmente (F.J. 5) el alegato presentado por la Vista Fiscal de que la conducta omisiva al respecto tiene efectos sobre terceros y para el interés general: los jueces reconocen que se trata de “consideraciones relevantes para el estudio de constitucionalidad de la norma impugnada”, pero consideran que esos efectos sobre terceros “son muy indirectos y eventuales, por lo que no son en sí mismos suficientes para autorizar la imposición de deberes” que mermen la autonomía privada. Más adelante sí otorgan a aquellos efectos sobre la colectividad alguna consideración de cara a la solución final: “en la mayoría de los casos, es necesario, tomar en consideración la existencia o no de un interés legítimo de la sociedad en la protección específica del interés de la persona, debido por ejemplo a la existencia de costos indirectos, o a la importancia del valor constitucional en juego, aspectos que si bien en sí mismos no serían suficientes en muchos casos para justificar la medida, sí contribuyen a su legitimidad” (F.J. 18). Lo cual reitera más adelante: “la sociedad tiene un interés evidente, no sólo porque la Constitución es favorable a la vida y a la salud sino además por cuanto, conforme al principio de solidaridad, es a ella a quien corresponde sufragar, en muchos casos, los costos de atención médica derivados de lesiones que podrían no haber ocurrido si se hubiera utilizado el cinturón de seguridad” (F.J. 19).

En la doctrina española solo he percibido expresa acogida a la cualidad social del hombre como condicionante de la valoración de sus actuaciones individuales y privadas en sendos trabajos de Miraut Martín y de Pérez González. La primera, profesora de Filosofía del Derecho, afirma que “la consideración del individuo como ser social cuya aportación condiciona la propia consistencia del grupo en el que se ubica llevaría a pensar que casi todas las acciones que un individuo puede realizar en el ejercicio libre de su voluntad autónoma son acciones que ocasionan consecuencias directas o indirectas a los demás integrantes de la colectividad social”¹²⁰. En la misma línea, Pérez González, al considerar el caso de un individuo que se daña intencionadamente a sí mismo, reclama que se determine “si ese daño personal y propio puede producir consecuencias sobre otras personas”; hecho que, reconoce, “acontece en numerosas ocasiones, emergiendo de esta manera una justificación para la interferencia”¹²¹.

¹²⁰ Vid. MIRAUT MARTÍN, L., “El paternalismo legal”, cit. p. 202. Añade que “todo ello al margen de que los mismos conceptos de orden público o de moral pública nos adviertan de la existencia de juicios de valor comúnmente compartidos acerca de determinadas conductas que se entienden dirigidas, en alguna medida, a pervertir los fundamentos de la vida social”. En apoyo de lo cual alude a pie de página a que “es evidente que tales conductas constituyen también, en cierto sentido, una agresión a terceros, aunque el daño que se produce pueda resultar de naturaleza inmaterial”.

¹²¹ Y ello “porque aunque parece en principio difícil afirmar que el daño personal de un individuo pueda producir consecuencias sobre terceras personas la realidad es que sí se producen. Véase el supuesto en el que personas están directamente vinculadas al sujeto que sufre el daño autoimpuesto como pueden ser sus familiares y personas que la rodean y al que le unen no solo motivos afectivos sino incluso materiales; si el sujeto sufre un perjuicio en su persona es indudable que esta circunstancia se hace extensiva a los que le rodean”. Y cita como ejemplos el padre de familia del que dependen económicamente mujer e hijos, y el del accidentado por no llevar cinturón de seguridad obliga a las prestaciones públicas sanitarias. Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, D.E., “El paternalismo como límite a la autonomía individual”, *Revista Laguna*, nº 16, 2005, p. 175.

Creo que en este punto se sitúa una de las incoherencias de John Stuart Mill y de las debilidades de los ecos que se le hicieron desde planteamiento jurídico-liberales. Y es que el liberalismo ortodoxo solo habría podido sostener el dogma del derecho a dañarse uno a sí mismo si hubiera podido demostrar de una manera tangible que esas acciones “privadas” perjudiciales para el sujeto no están ocasionando, al mismo tiempo, un daño al entorno, a la sociedad; cosa que no hicieron.

El hecho es que a John S. Mill, cuando se enfrenta a este problema en su ensayo, no se le escapa algo que resulta una obviedad:

“Admito plenamente que el mal que una persona se cause a sí misma puede afectar *seriamente*, a través de sus simpatías y de sus intereses, a aquellos estrechamente relacionados con ella, y en menor grado, a la sociedad en general”.

Pero, acto seguido, en alguna medida Mill traiciona sus palabras anteriores acerca de la afectación seria a “simpatías” e “intereses” de los demás y de la sociedad, al exigir la presencia de precisas obligaciones formales para que reconozca un daño real más allá de la persona del actor y, por tanto, un daño corregible:

“Cuando por una conducta semejante una persona llega a violar una obligación precisa y determinada hacia otra u otras personas, el caso deja de ser personal y queda sujeto a la desaprobación moral en el más propio sentido del término. Si, por ejemplo, un hombre se hace incapaz de pagar sus deudas a causa de su intemperancia o extravagancia, o habiendo contraído la responsabilidad moral de una familia, llega a ser, por la misma causa, incapaz de sostenerla o educarla, será merecidamente reprobado y puede ser justamente castigado; pero será castigado por el incumplimiento de sus deberes hacia su familia o sus acreedores, no por la extravagancia”¹²².

Es evidente que cuando una persona “viola una obligación precisa y determinada hacia otra u otras personas”, si no paga “sus deudas” o incumple sus obligaciones paternales... no se está dañando solo “a sí misma”, sino que está dañando directamente a los demás. El problema es que hasta las acciones, buenas o malas, del “ermitaño en la agreste naturaleza”, que decía Arendt, pueden “afectar seriamente” a la sociedad, aunque no medien obligaciones legalmente formalizadas.

Podemos afirmar que el Estado está facultado para intervenir coactivamente cuando identifica un daño más allá del ámbito de quien actúa. Aunque de una manera imperfecta, el texto anterior de Mill —al menos el primer párrafo— sirve para ilustrar que las acciones privadas de los hombres pueden ocasionar un daño a los demás y a la sociedad de una manera directa (incumplimiento de obligaciones formales) o indirecta (simpatías e intereses de la sociedad entera). Además, es evidente que los daños pueden ocasionarse sobre las personas individuales o sobre la colectividad: el mismo Mill hablaba, al enunciar el principio de daño, de la protección de “la humanidad, individual o colectivamente” como justificante de la intervención limitadora. Ya al referir tal principio, más atrás, advertí que Mill no exigía que ese daño fuera directo. Por el

¹²² *Sobre la libertad*, cit. pp. 160-161.

contrario, recuérdese que los autores que defienden un ejercicio (excepcional) de paternalismo jurídico afirman que el Estado puede intervenir con ese título cuando la actuación de la persona le causara perjuicio a sí misma, y no dañara “directamente” a terceros (por ejemplo, en la definición de Ramiro Avilés). Este autor no precisa, sin embargo, qué entiende por ese carácter directo del daño, ni —sobre todo— por qué excluye categóricamente una medida paternal ante perjuicios causados de manera indirecta. No pretendo con esto restar importancia a la distinción entre ambos tipos de daños: resulta evidente que la diversa responsabilidad del sujeto en la causación de uno u otro daño comporta también para él distinto nivel de responsabilidad (y es que el daño directo reside en el *objeto* propio de la acción, mientras que el daño indirecto se da en las *consecuencias* de esa acción). Así, todos deben asumir la responsabilidad por los daños directos ocasionados, pero no se puede exigir a alguien que asuma todas las consecuencias perjudiciales (potencialmente infinitas) de su acción en los demás, que habrán de ser valoradas con prudencia¹²³. Salvado esto, lo que pretendo resaltar es que el daño indirecto puede ser auténtico daño, que también, en la medida matizada que se ha expuesto, justifique la intervención pública limitadora.

Por tanto, lejos de los planteamientos individualistas propios del liberalismo, es necesario desactivar el frecuente error —auténtica falacia— de considerar que un sinfín de acciones “privadas” de las personas no conciernen más que a ellas. Aunque pueda pensarse que determinadas acciones resultan perjudiciales solo para su autor, estas pueden afectar —y mucho— a la comunidad: incluso, pueden contribuir a arruinarla, en la medida en que contribuyan a un ambiente general deteriorado¹²⁴. Quiero, pues, resaltar que aunque una acción de una persona no produzca necesariamente un daño directo en individuos concretos, en muchas ocasiones producirá efectos —quebrantos o auténticos daños— en su entorno, en personas individuales o en la vida de la colectividad... lo que no pocas veces cambia radicalmente la percepción de esa acción y la respuesta que merece de los poderes públicos. Los hombres están insertos en unas estructuras sociales (familia, asociaciones, empresas, colectividad, sociedad política, Estado...) que lo condiciona enormemente. Sus acciones *ad extra* —las relevantes al menos— suelen tener efectos más allá de su esfera estrictamente personal. Que una persona se prive de la vida, se cause imprudentemente daños (por no usar cinturón en el coche o casco en la moto, etc.) o se convierta en drogadicto, son acciones o situaciones que no le afectan solo a él, sino al entorno familiar y social, que habrá de asumir cargas y gastos, de diverso tipo, que resultan tan gravosos como evitables. Por lo

¹²³ Invita también a ello Carlos S. NINO en unas atinadas reflexiones: “no hay acción —dice— que no pueda tener algún efecto adverso para terceros”. Lo que ejemplifica así, con un ejemplo extremo: “hasta la acción de leer tranquilamente un libro en la intimidad de la casa de uno puede implicar que uno adquiera una idea de la que puede surgir perjuicio para tercero”. De lo que deduce: “por lo tanto, si la autonomía de la persona deber tener algún sentido, es necesario no computar determinados perjuicios que puedan surgir de las acciones a los efectos de computar las interferencias en ellas”. A modo de ejemplo, el mismo autor se interroga sobre si procede alegar razones de protección de la sociedad para justificar injerencias públicas a favor de su propia salud (en materias como el consumo de alcohol o estupefacientes, actividades peligrosas o vacunaciones). En estos campos, afirma NINO, “pueden justificarse medidas restrictivas”, pero en ocasiones las restricciones “son exageradas y hasta fantasiosas”. En cualquier caso, “conviene obrar con prudencia, puesto que cabe recordar que cualquier ejercicio de la autonomía de una persona puede implicar algún tipo de daños para terceros” (Vid. NINO, C.S., “La autonomía constitucional”, en VVAA, *La autonomía personal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 55 y 63-64).

¹²⁴ Dicen GRISEZ y SHAW, moralistas norteamericanos, en este sentido: “las elecciones inmorales, que aparentemente no hacen daño a nadie, arruinan de forma sutil los fundamentos de la comunidad” (vid. *Ser persona. Curso de ética*, Rialp, Madrid, 1993, pp. 102-103).

tanto, cuando el poder público interviene, incluso coactivamente, para impedir —o dificultar— ciertas conductas de sus ciudadanos, o cuando les facilita determinados comportamientos o incita a ellos por resultar beneficiosas para él y para la sociedad no está, en realidad, actuando paternalmente; es decir, no está propiamente tutelando a sus ciudadanos ni supliendo a las insuficiencias de su voluntad, sino, fundamentalmente, tutelando la organización social en la que estos se integran.

Robert Spaemann desactiva magistralmente las antisociales argumentaciones individualistas, propias del liberalismo, llevándolas hasta sus últimas consecuencias lógicas (que resultan unas consecuencias tremendamente ilógicas). Parte de que “los costes de un uso ruinoso de la libertad se socializan constantemente, es decir, son descargados sobre otros”. Y se centra, a modo de ejemplo, en las consecuencias de la liberalización del consumo de drogas (el estricto consumo es considerado con frecuencia como prototípica acción que ocasiona un daño exclusivo a uno mismo)¹²⁵. En su opinión, tal liberalización únicamente sería una pretensión admisible “si fuera acompañada de la consecuencia lógica de que los toxicómanos incapacitados para el trabajo libremente se murieran de hambre o se les dejara terminar miserablemente en alguna parte”. Es decir, si la sociedad no puede interferir de modo alguno en las “privadas” acciones de los drogadictos, tampoco se le puede obligar a cargar con sus consecuencias. Aunque, advierte, tampoco aquella terrible respuesta social inhibidora privatizaría la cuestión totalmente, pues persiste el problema del aumento de la criminalidad. Spaemann colige, de la lógica expuesta, lo siguiente: “es una extraña consecuencia del individualismo liberal el que siempre tenga mayor interés en la protección del agresor que en la protección de la víctima”. Y concluye: “dado que el hombre es un animal social, no hay ningún orden humano de libertad que no contenga elementos normativos que se extraen de la naturaleza genérica y de la identidad histórica del hombre”¹²⁶.

4.4. El bien común

A. El fin del Estado: bien común, interés público, interés general... al servicio de la persona humana

Ya ha adelantado que el nudo gordiano vertebrador de este trabajo es el concepto de bien común, a cuya rehabilitación me gustaría contribuir. Tarea esta no fácil, a la vista del contexto intelectual en que se mueve el hombre moderno.

¹²⁵ Queda la duda de saber si SPAEMANN, con esta “liberalización del consumo”, está pensado solo en la producción y el comercio, o también en el consumo privado, libre de reproche penal en algunos países, como es el caso de España. Al respecto, vid. RICHARDS, D.A.J., *Sex, drugs, death, and the Law. An essay on human rights an overcriminalization*, Rowman and Littlefield, Totowa, 1982. En la doctrina brasileña actual, vid. ORSINI MARTINELLI, J.P. “Paternalismo na lei de drogas”, *Revista Liberdades*, nº 2, 2009, p. 13, donde concluye la legitimidad de un paternalismo moderado, dice, antes personas que no poseen capacidad de discernimiento sobre las autolesiones.

¹²⁶ Vid. SPAEMANN, R., “Normas morales y orden jurídico”, cit. p. 119.

El individualismo y el relativismo moral, alimentados —según vimos— por el liberalismo, han calado extraordinariamente en el hombre contemporáneo. Pese a la generalización del primero, el individuo actual no puede dejar de percibir que necesita de la sociedad —tal como expusimos en el apartado anterior—. Pero, lastrado por aquel individualismo, concibe y justifica la sociedad “como un orden puramente formal y procedimental”, nos dice Cruz Prados; de modo que aquella se presenta como un orden ajeno a “cualquier concepción del bien humano”, en el que lo natural es “una discusión pública basada exclusivamente en la apelación a valores formales”¹²⁷. La raíz está, dice el mismo filósofo, en “lo difícil que se ha hecho para el hombre contemporáneo captar lo común, percibir en la sociedad contenidos compartidos, y argumentar en términos de bien común ante los conflictos sociales”. El producto resultante es patente: se desconfía de la posibilidad de un bien común, de manera que se exige que el orden social sea cada vez más formal y neutral. Incidiré enseguida en este punto.

Decíamos también que el ambiente social está imbuido de relativismo; de modo que es muy frecuente considerar las ideas de “verdad” y de “bien” como amenazas para las libertades, en particular cuando el Estado pretende enarbolarlas e imponerlas. En este contexto, procede convenir con Antonio Hernández-Gil que “la idea del bien común” está claudicando en nuestros tiempos “bajo sospecha de no casar con el relativismo rampante”. Lo cual no provoca sino una puesta en peligro la dignidad de la persona, quebrada por demás, y contribuye a producir —decía este jurista— “un nuevo eclipse del hombre”¹²⁸.

Pues bien, además de la condición de ser social del hombre, entiendo que el otro gran ausente en la temática interventora que nos ocupa es, precisamente, la responsabilidad del Estado como gestor del bien común. Tanto es así que la importancia práctica que el profesor Atienza otorga al paternalismo para explicar y justificar numerosas instituciones jurídicas¹²⁹, personalmente prefiero atribuirla al concepto de bien común. Me resulta llamativo que este concepto (o incluso sus correlativos “modernos”, fundamentalmente interés público y general) apenas se invoque por los autores aquí manejados cuando indagan en las potestades públicas interventoras o debaten acerca del supuesto paternalismo del Estado; además, cuando lo traen a colación, en ocasiones es para recelar de él¹³⁰.

Obsérvese que estamos hablando del mismísimo *fin del Estado*, como ya se señaló más atrás: “la función del Estado ha de hallarse regida por la idea de que este no es nada más, ni nada menos, que una ayuda precisa para el bien común de todos los miembros que componen la sociedad civil”, nos dice el filósofo Millán-Puelles¹³¹. Y, en la misma línea, desde el Derecho Administrativo nos dice Martínez López-Muñoz que “todo poder público lo es y está investido de potestades exclusivamente por su necesidad para el específico servicio que ha de rendir a la sociedad que lo erige y sustenta para su bien

¹²⁷ Vid. CRUZ PRADOS, A., *Filosofía política*, Eunsa, Pamplona, 2009, p. 67.

¹²⁸ HERNÁNDEZ-GIL, A., “Las personas primero”, diario *ABC*, 2 de marzo de 2013.

¹²⁹ ATIENZA, M., “Prólogo” al libro de ALEMANY sobre el paternalismo jurídico, ya citado, p. 15.

¹³⁰ V. CAMPS dice que hay paternalismo no justificable cuando “bajo el nombre del bien común, quiere imponerse una cierta ideología”, y cita como ejemplo “la imposición por parte del médico o el capellán de sus convicciones sobre, por ejemplo, la eutanasia, la prohibición oficial del juego por parte del Estado con el fin de ‘proteger’ a los pobres” (op. cit. p. 198).

¹³¹ MILLÁN-PUELLES, A., voz “Sociedad civil”, cit., p. 536.

común”¹³². Fin esencial del Estado que operará, por tanto, como su límite, en la medida en que aportará legitimidad a sus actuaciones.

Aunque no han faltado autores que, en los últimos años, han empleado la expresión “bien común” con normalidad, como correlativa o sinónima a la de “interés general” (como Ortiz Díaz o Martínez López-Muñiz), lo cierto es que se ha generalizado —al menos entre los iuspublicistas— el uso exclusivo de esta segunda dicción en perjuicio de la primera. La noción de bien común parece, en buena medida, olvidada, siendo que atesora una tradición inmemorial: recuérdese que Tomás de Aquino, en el siglo XIII, definía la ley como “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”¹³³. A su lado, el nacimiento de la noción de “interés general” se sitúa cronológicamente en el siglo XVIII¹³⁴.

Pero también es cierto que —y sigo en este punto las aportaciones recientes Esteve Pardo¹³⁵— que los últimos tiempos conocen una revitalización del concepto de bien común como tarea del Estado, en particular cuando se consideran las causas de la devastadora crisis económica que padecemos. Es más, este reputado administrativista habla, sin empachos, del “retorno triunfal de la noción de bien común”. Este concepto —dice Esteve— “se tenía olvidado”, pero “ahora resurge con fuerza, recuperando su terminología característica procedente de la escolástica”. De modo que el término ha experimentado “una extraordinaria recuperación y difusión no solo en la reflexión en torno al concepto de Estado garante, sino en todos los debates que tienen como trasfondo la correlación entre Estado y sociedad, desde la discusión (...) en torno a la función directiva del Derecho sobre la sociedad, hasta la noción de Estado regulador (...), pasando por el debate estrictamente filosófico en el que el revitalizado concepto de bien común ocupa un lugar muy relevante en la actualidad”. Esta rehabilitación de la noción ha tomado mayor impulso, todavía más recientemente, decíamos, por razón de la crisis, al operar como “elemento corrector del capitalismo global, sin rostro, y del individualismo más insensible que están agudizando la crisis económica que nos atenaza”¹³⁶. De ahí el eco que ha tenido este concepto en los últimos tiempos entre algunos teóricos de la Economía, que suscriben la que se ha denominado “economía del bien común”¹³⁷.

Luego veremos las razones que subyaceron en el arrinconamiento del término “bien común”. Junto a él, el hoy concepto usual en el Derecho público, interés general, ha sido calificado por los profesores Enrique Rivero Ysern y Jaime Rodríguez-Arana, en

¹³² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El Derecho Administrativo moderno...”, cit., p. 152.

¹³³ Tomás de AQUINO, *Summa Theológica*, I-II, 90, 2.4.

¹³⁴ MERLAND, G., “L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux?”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, nº 16, 2004.

¹³⁵ Vid. ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, p. 171 y ss.

¹³⁶ *Ibid.* p. 172 de la primera fuente y pp. 93-94 de la segunda. A la vista de la nueva correlación entre Estado y sociedad (que comporta, como es sabido, un flujo amplio de medios y de funciones del primero a la segunda), “lo único que permanece incuestionado en el Estado, que no se ha trasladado a la sociedad, que no se ha privatizado, es la definición del bien común y la concreción de los objetivos para hacerlo efectivo” (p. 95).

¹³⁷ Bajo los postulados y el impulso del economista austríaco Christian FELBER, autor de *La economía del bien común* —publicado en España por Ed. Deusto en 2012—, se ha creado una asociación internacional para la promoción de este modelo de economía. Vid. también ZAMAGNI, S., *Por una economía del bien común*, Ciudad Nueva, Madrid, 2012.

una reciente e interesante monografía, como “místico y complejo”¹³⁸. Sobre él había reflexionado el *Conseil d'État* francés en su *Rapport Public* de 1999¹³⁹, donde lo calificó como “la finalidad última de la acción pública”. Lo cual significa, dicen los dos autores antes citados, “ni más ni menos, que el sentido y la esencia de la acción del Estado está enraizada indisolublemente” con este concepto, que siempre habrá de situarse “en la base y en la finalidad del entero quehacer del Estado y de la Administración pública”.

La Constitución española, consciente de la relevancia de aportar un patrón a la acción pública, menciona nada menos que en treinta ocasiones a los “intereses generales” (y conceptos o expresiones afines como interés público, nacional, social, legítimo, de España o general de España)¹⁴⁰, destacando a nuestros efectos la proclama del artículo 103 de que “la Administración sirve con objetividad los intereses generales”.

Alejandro Nieto, al comentar la famosa proclama constitucional, se lamentaba de que el constituyente, que por una parte muestra una preocupación obsesiva por acoger tales intereses, no se hubiera cuidado de precisar tan importantes conceptos, “y hasta cabe la duda de si todas estas variantes responden a un contenido distinto o son consecuencia del ‘estilo’”. Recuerda que, en la redacción del artículo 103, la sustitución de intereses “públicos” por “generales” se realizó “para evitar una cacofonía”, y que algo parecido cabe pensar como explicación del resto de pasajes constitucionales. A la pregunta que él mismo se plantea (“¿es lo mismo, por ejemplo, el interés general que el interés público?”) no encuentra una nítida respuesta: suele denominarse —dice más adelante— “interés público” al interés general trascendente de los particulares, reservando el nombre de “interés general” para los inmanentes al “árbitro”, la instancia pública.

Por su parte, Rivero y Rodríguez-Arana identifican una clara evolución entre los términos “público” y “general” en este contexto; y toman claro partido: a su juicio, en el pasado fue el “interés público” el término elegido para orientar la actuación de la Administración pública, mientras que hoy, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, el interés a que debe someterse la Administración “es el de la comunidad, el de la sociedad, el del conjunto (...), el de los ciudadanos” (que sería el *interés general*) “y no el de la propia institución Administración pública o el de sus agentes”¹⁴¹ (que vendría a ser el *interés público*).

Cierto que, como advertía Nieto, sobre los intereses a los que ha de servir un poder público puede pesar una “inaprensibilidad intelectual y legal”, algo inevitable para cualquier concepto jurídico indeterminado —como lo es este—; pero quizá convenga superar la visión pesimista con la que concluye sus reflexiones, pues termina destacando que “su función primordial sigue siendo ideológica”¹⁴², como legitimador del contenido de las decisiones de los poderes públicos.

¹³⁸ Vid. RIVERO YSERN, E. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Con miras al interés general*, editado por el Grupo de Investigación Derecho Público Global, 2014, p. 17.

¹³⁹ Que llevó por título *Réflexions sur l'intérêt général*.

¹⁴⁰ Para detalle, puede consultarse el clásico trabajo de Alejandro NIETO, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en el vol. III de *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, 1991, pp. 2185 y ss.

¹⁴¹ RIVERO YSERN, E. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *ibíd.*, p. 36.

¹⁴² NIETO, A., *op. cit.*, p. 2251.

En la tarea de prestigiar el concepto de interés general, procede remachar la orientación de Rivero y Rodríguez-Arana, en la línea de las aportaciones de Millán-Puelles y Martínez López-Muñiz: el interés general, o bien común, mira al servicio de la sociedad... en realidad, de la persona humana (recuérdese que afirmábamos antes que la sociedad es para el hombre y no el hombre para la sociedad). Por eso interesa remarcar algo ya expresado antes: que el sentido central de estos conceptos es tutelar los derechos fundamentales de las personas. Lo dice también el dúo profesoral en su reciente libro: el interés general tiene “una inextricable e indisoluble conexión con los derechos fundamentales, con la misma dignidad del ser humano pues, en última instancia, el principal y primordial interés general de cualquier Estado que se defina como social y democrático de Derecho es la garantía, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona”¹⁴³. Adviértase, no obstante, que el hecho de que el fin último de la acción de gobierno, y de la sociedad política, es la persona, esta finalidad no siempre se presenta como inmediata ni exclusiva: cuando se imponen a los ciudadanos prestaciones o contribuciones necesarias (servicios sociales, impuestos...), la defensa de la sociedad política en cuanto tal se erige en un “interés público”, como algo “distinto” de sus miembros.

¿Y por qué parece haberse abandonado, en concreto, el término “bien común”? No creo que obedezca simplemente a una operación de actualización terminológica. Pienso que puede subyacer en tal reemplazamiento la idea de que no compete al Estado definir “bien” humano alguno más allá de sus derechos fundamentales: de hacerlo atentaría — se dice— contra una neutralidad axiológica que debe exigirse al Estado. Señala al respecto Alejandro Llano que “se ha excluido la operatividad de la noción de *bien común*, sustituida por la del *interés general*”, nociones que resultan, en principio, “incommensurables”: “mientras el concepto de bien común presenta un carácter marcadamente ético, la idea de interés general posee una índole instrumental y, por así decirlo, técnica”¹⁴⁴. Frente a esta concepción, que a su juicio comporta una “pérdida de sustrato moral”, propone “superar la dicotomía entre el perfeccionamiento privado y el provecho público. No es otra que la noción (aristotélica) de *vida buena* orientada hacia el *bien común*”¹⁴⁵.

De acuerdo con lo anterior, ¿puede haber un verdadero provecho público —tarea del Estado— que olvide el perfeccionamiento de la persona, más allá del disfrute de los derechos fundamentales? Parece necesario perder el miedo a las propuestas aristotélicas y tomistas al respecto, condensadas hoy por George o Massini Correas. El primero recuerda la sentencia del sabio griego de que “cualquier *polis* que lo sea de verdad, y no sea meramente de nombre, debe consagrarse al fin de fomentar el bien”¹⁴⁶. El segundo resume lo más esencial de las ideas del Aquinate sobre la exigibilidad jurídica de ciertas normas morales afirmando que “la ley humana ha de establecerse para el bien de los hombres, concretamente para su bien común, bien que se adquiere, en su dimensión ética, a través de la práctica de las virtudes morales; esta es la razón

¹⁴³ RIVERO YSERN, E. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *ibíd.*, p. 24.

¹⁴⁴ LLANO, A., *Humanismo cívico*, cit. p. 28.

¹⁴⁵ LLANO, A. *ibíd.*, p. 96. Las cursivas son del propio autor.

¹⁴⁶ ARISTÓTELES, *Política*, III, 5, 1280b. Comentada por GEORGE, op. cit. pp. 35 y ss. El párrafo referido concluye así: “Es, pues, por mor de las buenas acciones, y no por mor de la vida social, por lo que existen las comunidades políticas”.

por la cual corresponde que la ley jurídica promueva en los ciudadanos el cumplimiento de los actos propios de esas virtudes”¹⁴⁷.

Lo expresado nos puede llevar a dar por buena la noción de bien común que propuso el Concilio Vaticano II, que va mucho más allá de un axiológicamente aséptico interés general:

“el bien común abarca la suma de aquellas condiciones de la vida social con las que los hombres, las familias y las asociaciones pueden conseguir, de una forma más plena y expedita, su propia perfección”¹⁴⁸.

Por tanto, el Estado, en su tarea de gestor de la sociedad, no tiene por qué ceñirse a la consecución del bien material de los ciudadanos, sino que puede y debe atender a su “bien integral”¹⁴⁹, que incluye aspectos morales.

Esto nos conduce a detenernos en el estudio del elemento moral del bien común, presentado en los párrafos anteriores y en alguna medida atendido más atrás al tratar del paternalismo moral. Como bien dice Guillermo Díaz Pintos, “la idea de *bien común*” apunta hacia “la introducción de cuestiones morales básicas en el discurso público”¹⁵⁰. Lo abordaré en el contexto de los distintos componentes que integran el concepto de bien común.

B. Componentes del bien común. En especial, el elemento moral

Resaltaba antes que el bien común opera, en último término, al servicio de la persona humana¹⁵¹. Lo que se manifiesta, en lo que ahora interesa, en que “el bien común no es el bien de la sociedad como entidad independiente y separada de los individuos humanos que la forman”; de modo que “un bien ‘de la sociedad’, sin ningún posible beneficio para los ‘miembros’ de esta, no sería verdaderamente un bien común”¹⁵². Al servicio de la persona operan, por tanto, los componentes de este bien común, o “elementos básicos de su estructura” los llamó Millán-Puelles, que este autor cifra en los siguientes¹⁵³:

¹⁴⁷ MASSINI CORREAS, C.I., “La exigibilidad jurídica de las normas morales: iusnaturalismo, liberalismo y comunitarismo”, *Humanitas*, n° 18, 2000, p. 226. También, sobre la doctrina de Tomás de Aquino al respecto, vid. GEORGE, R.P., op. cit., pp. 40 y ss.

¹⁴⁸ Vaticano II: Constitución *Gaudium et spes*, n° 74.

¹⁴⁹ Así lo decía hace cuatro décadas A. DE FUENMAYOR: “El bien común temporal —patrón ordenador de la sociedad humana— tiene como fin permanente el logro de la perfección de todos sus miembros, es decir, el bien integral de las personas que componen la comunidad social” (vid. *La libertad religiosa*, Eunsa, Pamplona, 1974, p. 56).

¹⁵⁰ DÍAZ PINTOS, G., “Diversidad y diálogo intercultural: un horizonte renovado de la Justicia en Europa”, *Revista de las Cortes Generales*, n° 77, 2009, p. 241.

¹⁵¹ Dice ARGANDOÑA, A.: “El principio, el sujeto, el fin de todas las instituciones es y debe ser la persona humana”. Vid. “La teoría de los stakeholders y el bien común”, documento de investigación n° 355, 1998, IESE, consultado en www.iese.edu/research/pdfs/DI-0355.pdf.

¹⁵² MILLÁN-PUELLES, A., voz “Justicia”, del *Léxico filosófico*, cit. p. 372.

¹⁵³ MILLÁN-PUELLES, A., ensayo “El bien común”, cit. pp. 112 y ss.

— el bienestar material, inexcusable no solo por la razón obvia de su necesidad biológica, sino también en función de su utilidad para el ejercicio de la virtud; ello partiendo de que, como escribió C.S. Lewis, “un hombre hambriento piensa en la comida, no en la libertad”¹⁵⁴;

— la paz, que constituye “el eje del bien común” en cuanto realiza lo más específico y propio del bien de la sociedad en cuanto tal, concretada, a propuesta de Agustín de Hipona, en la “tranquilidad del orden” y la “ordenada concordia”; nos conduce al bien, clásico del Derecho Administrativo, del orden público, uno de cuyos componentes es la moralidad pública (vid. *infra*);

— la participación en los valores culturales o espirituales, que adquiere, dice Millán-Puelles, carácter de fin respecto de los elementos anteriores, otorgándole “prioridad de importancia o dignidad”, frente a la “prioridad de urgencia” del bienestar material; más adelante advierte que el respeto a la dignidad de la persona humana es, en sí misma y sin necesidad de ninguna otra cosa, respeto a un bien común.

Pero vayamos con el controvertido *elemento moral* del bien común, en mayor o menor medida presente en los tres componentes descritos. Díaz Pintos parte de una evidencia: que la introducción de estas cuestiones morales en el discurso de una sociedad pluralista “es fuente de división y conflicto”¹⁵⁵.

Sabemos que la tesis del liberalismo, en este punto asumida hoy —quizá— por una mayoría, apunta, como dice Arlettaz, a una contraposición entre “Estado de Derecho” y “Estado ético”¹⁵⁶, de modo que la efectividad del primero implicaría la exclusión del segundo, lo que haría posible que los individuos pudieran establecer y ejecutar libremente sus propios “planes de vida”, sin injerencia estatal. Dicho de otra manera: el Estado ha de mantenerse neutral frente a las decisiones morales de los individuos; es decir, sobre la determinación de lo que, para ellos, es una *vida buena*. Como expresó Ratzinger, “no queremos que el Estado nos imponga una determinada idea de bien”. Ya vimos que esto comporta, para la mayoría de los partidarios del paternalismo jurídico, que el Estado estaría facultado para imponerse al ciudadano con el objeto de preservar bienes materiales, pero nunca para favorecer bienes morales: de hacerlo, incurriría en un intolerable perfeccionismo o paternalismo moral¹⁵⁷. En este punto, la concepción liberal implica, dice Palomino Lozano, que “el Estado no puede inclinarse por un modo

¹⁵⁴ LEWIS, C.S., “Esclavos voluntarios del Estado del bienestar”, publicado originariamente en el diario *The Observer*, el 20 de julio de 1958 (editado en España en el libro recopilatorio de trabajos suyos *Lo eterno sin disimulo*, Rialp, Madrid, 1999, p. 147).

¹⁵⁵ DÍAZ PINTOS, G., “Diversidad y diálogo intercultural...”, cit., p. 241.

¹⁵⁶ ARLETTAZ, F., “Paternalismo jurídico y convicciones religiosas”, cit., p. 235.

¹⁵⁷ Por decirlo con términos de una sentencia constitucional: “en Colombia, las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos (CP arts 1º, 7º, 16, 17, 18, 19 y 20), las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Además, en virtud de tales medidas, las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la autonomía, que etimológicamente significa precisamente la capacidad de la persona de darse sus propias normas” (Sentencia C-309/97, F.J. 8).

de ‘vida buena’ concreta”, y el Derecho no puede emplearse “como elemento pedagógico u orientador”¹⁵⁸.

Mi opinión en relación con la posibilidad del Estado de asumir opciones morales en su tarea de gestor de bien común ha sido ya esbozada. Niego la premisa mayor expuesta en el párrafo anterior acerca de la contraposición entre Estado de Derecho y Estado ético. Entiendo que el Estado ha de atender al bien de sus ciudadanos en su integridad, abarcando tanto los aspectos materiales como los morales. Es más, en esa tarea, el Estado, al sancionar un concreto orden jurídico, debe satisfacer determinadas condiciones morales como requisito de la legitimidad de tal orden. Se hace necesario, pues, desactivar la idea de que el disfrute de una autonomía moral del individuo lo más amplia posible impide al Estado emitir juicios morales y asumir concepción ética alguna. En relación, en concreto, con la pornografía Bradly dice que “la moral pública presupone que el Estado tiene competencias para crear juicios morales profundos relacionados con la conducta sexual, y para actuar con base en dichos juicios”¹⁵⁹. No se olvide lo que dictaminó el TEDH en la sentencia sobre el sadomasoquismo: pese a considerar prioritario el bien jurídico de la salud, sentó que esto “no debe sin embargo interpretarse como una negación del derecho del Estado de impedir la realización de tales actos en nombre de la moral”.

Esta tesis exige esclarecer el mito de la neutralidad ética del Estado (tan manido y malinterpretado como el de su neutralidad religiosa). Que esta neutralidad ética se pretenda derivar de la neutralidad ideológica y religiosa del Estado *ex artículo 16 CE* es solo una posibilidad, un tanto forzada. Está más extendida la hipótesis de ligarla a la proclamación del principio de autonomía.

Frente a estas posiciones, no puede dejar de advertirse que es un hecho evidente que una parte importante de las leyes civiles incide sobre cuestiones morales. Con lo cual, la realidad práctica confirma que el Estado no puede escapar de adoptar opciones morales, sean en el sentido que sean. Como dice George, “el legislador ordinariamente no puede librarse de la necesidad de la deliberación y juicio moral cuando considera una propuesta que impone obligaciones morales”¹⁶⁰. Si en cuestiones *privadas y morales* como la drogadicción, la prostitución o la pornografía el poder público opta por la inhibición o por “no imponer moralidad alguna” —diría un liberal—, por carecer de facultad para definir al respecto un correcto “plan de vida”, en modo alguno estaría siendo moralmente neutro: en realidad, está realizando una concreta opción moral. Además, ordinariamente, ese “sentido moral” de la actuación pública será totalmente expreso, bien porque impone determinadas condiciones o limitaciones para todos (por ejemplo, permitiendo el consumo de drogas pero no el comercio)¹⁶¹, bien porque

¹⁵⁸ Todos los entrecorchetados de la frase corresponden al libro de PALOMINO LOZANO *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 152-153.

¹⁵⁹ BRADLY, G.V., “Bases morales...”, cit. p. 257. Continúa: “El juicio moral relevante es que la pornografía supone un perjuicio moral para aquellos que la consumen”.

¹⁶⁰ GEORGE, R.P., op. cit., p. 22.

¹⁶¹ Me parece una falacia el argumento de la Corte Constitucional de Colombia en relación con las drogas y el supuesto rechazo del moralismo: considera necesario derogar la norma que prohibía todo consumo de determinadas sustancias en base a que constituía “una típica medida perfeccionista, ya que excluía un determinado modo de vida, a pesar de que no afectaba a derechos de terceros”, pero sin embargo juzgó necesario “regular las circunstancias de lugar, edad, de ejercicio temporal de actividades, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulta inadecuado o socialmente nocivo”: ¿y esto no esconde la

considera la actividad en sí nociva para los menores (de modo que en ese ejercicio de protección de menores subyace un previo juicio moral, que concluye en una valoración negativa de un determinado plan de vida: el que tal “plan” se refiera a los menores no excluye el carácter moral del juicio público sobre él).

En esta línea, tiempo ha que nuestro Tribunal Constitucional sentó, sobre la base de textos internacionales que lo autorizaban, que “el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos” (STC 62/1982, en relación, en concreto, con el derecho de libertad de expresión del artículo 20 CE, en referencia a la pornografía). Sobre la circulación de la pornografía, el Alto Tribunal, después de remitir a “las circunstancias concurrentes” para una ajustada valoración *ad casum* (como pueden ser que los menores sean destinatarios o sujetos pasivos y objeto del material), terminó dictaminando que “el ataque a la moral pública y por supuesto a la debida protección de la infancia y a la juventud” puede cobrar, en el caso de una efectiva afectación a menores, “una intensidad superior”: es claro que el juez constitucional no rehúye el juicio moral. Lo expresado por el Tribunal sirve a González Pérez para afirmar que “parece evidente que la pornografía constituye algo nocivo para los menores, tanto a tenor del Derecho comunitario como del Derecho español” (vista la directiva europea de televisión sin fronteras y su traslación al derecho interno)¹⁶².

Debe, por tanto, resaltarse que imponer al Estado una incapacidad o inhibición ética sobre los valores humanos que inspiren el bien común tiene un efecto neutralizador de tales valores, pero —precisamente por eso— no supone, en realidad, un ejercicio de neutralidad ética: implica una opción pública por el no-valor. Por eso advierte Díaz Pintos que “la pretensión de *neutralidad* frente a los bienes y valores en juego hace irresolubles los conflictos, pues rompe las bases de un posible diálogo al negar la posibilidad de determinar un referente común *normativo* vinculado al bien común individual”¹⁶³. Es decir, esa suerte de neutralidad ética estatal que parece esconderse detrás de la rotunda negativa a que los poderes públicos puedan, de alguna manera, contribuir a la perfección de sus ciudadanos como parte del bien común¹⁶⁴, en realidad no es tal.

Lo claro es que aquella postura a favor de la neutralidad ética del Estado, de la que se dice que opera como garantía para la libertad individual, aboca a un escepticismo o relativismo moral del Estado, tildado como “única ética congruente con la democracia”¹⁶⁵. Como dirá también Ratzinger, “el concepto moderno de democracia parece estar indisolublemente unido con el relativismo”. Frente lo cual el teólogo alemán proclama que “un núcleo de verdad —a saber, de verdad ética— parece ser irrenunciable precisamente para la democracia”, cuyo meollo central serán los derechos

misma *ratio* perfeccionista que antes reprobaba, y ahora asumida bajo la escusa de ser “materia propia de las normas de policía”? (sentencia C-309/97 en relación con la C-221-94).

¹⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La pornografía en el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 91, 1996, p. 473. Del mismo autor, *in extenso* sobre la asunción de exigencias morales por la Administración, vid. *Administración pública y moral*, Civitas, Madrid, 1995.

¹⁶³ DÍAZ PINTOS; G., “Diversidad y diálogo intercultural...”, cit., p. 241. He respetado las cursivas del autor.

¹⁶⁴ Recuérdese que, por ejemplo TOMÁS-VALIENTE negaba al Estado la posibilidad de obstar comportamientos autodestructivos de las personas por considerar que obedecería “a una *ratio* moralista, perfeccionista o religiosa que resultaría incompatible con la Constitución” (op. cit., p. 68).

¹⁶⁵ PALOMINO LOZANO, R., *Neutralidad del Estado*, cit., p. 153.

humanos¹⁶⁶. Ciertamente que la plena vigencia de los derechos fundamentales garantiza “la multiplicación de identidades desiguales”, pero si se desatiende aquel núcleo de verdad es fácil abocarse hacia un salto tan innecesario como peligroso: y es que “la neutralidad estatal se proyecta precisamente sobre la diversidad de las cosmovisiones, aunque el Estado corre el peligro de concebirse como la mejor de esas cosmovisiones”¹⁶⁷.

Joseph Raz llama la atención sobre este peligro de vaciamiento o “escepticismo” (así prefiere llamarlo él) moral del Estado. “En ciertos ambientes se percibe en el aire — dice— una atmósfera de privatización moral, una tendencia a separar la moral del Estado”. A lo que añade: “De acuerdo con estas tendencias, la moral es una cuestión de la que sabemos poco, sobre la cual es imposible el juicio objetivo, algo que debería dejarse al individuo. El Estado debería mantenerse fuera de la moral”. Tal como se advirtió más atrás, Raz percibe también que “las personas que sostienen estas ideas a menudo las consideran como favorables a la libertad individual”, en la medida en que, con su propuesta, “buscan dejar libres a los individuos para proseguir lo que les dicten sus corazones”. Frente a lo cual este autor señala que cree que “en general estas ideas son erróneas y peligrosas”, en la medida en que “se basan en un razonamiento confuso, y dan una mala reputación a la libertad”, en cuanto presentan a su favor un razonamiento “moralmente anémico”¹⁶⁸.

Más atrás, al abordar la crítica al liberalismo doctrinario, ya referí las opiniones de Raz que serían el corolario de las ahora expuestas, expresivas todas ellas de lo que él mismo califica como “liberalismo perfeccionista”. Condensando la tarea del Estado en relación con el perfeccionamiento de los ciudadanos había escrito en *The Morality of Freedom* que “uno de los objetivos de toda acción política es capacitar a los individuos para perseguir concepciones válidas de lo bueno y disuadirles de perseguir concepciones malas o vacías”¹⁶⁹. Llama la atención que un liberal como Raz concuerde con Juan Pablo II en que el escepticismo axiológico por parte del Estado no supone una garantía para la libertad individual. El primero advierte que esta concepción “tiende a alentar la tolerancia nacida de la indiferencia hacia los demás”, así que “sociológicamente, el escepticismo tiende a estar vinculado con un respeto débil por la libertad”¹⁷⁰. Para el segundo, cuando no se reconoce un vínculo constitutivo con la verdad moral, “la libertad reniega de sí misma, se autodestruye y de dispone a la eliminación del otro”, con lo que “la convivencia social se deteriora profundamente”¹⁷¹.

En definitiva, con esta concepción, la libertad, y todos los derechos del hombre, quedan en entredicho... por abandonarse al albur del Estado: si la eticidad del Estado es por esencia relativa, él decidirá sin cortapisa el sentido de sus determinaciones, con impredecibles riesgos para las personas. De ahí que un jurista contemporáneo de prestigio, Juan Antonio Sagardoy, advierta lo siguiente:

¹⁶⁶ Las dos citas de RATZINGER corresponde al trabajo “El significado de los valores...”, cit. pp. 82-85.

¹⁶⁷ PALOMINO LOZANO, op. cit., p. 152-153.

¹⁶⁸ RAZ, J., “Liberalismo, escepticismo y democracia”, cit., p. 110.

¹⁶⁹ RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 133.

¹⁷⁰ Continúa: “Conduce a la tolerancia basada no en el valor de la libertad de los demás, sino en la distancia, en ocasiones en la incompreensión mutua. La libertad no se protege porque sea valiosa, sino porque no existe revalidación moral para nada, ni siquiera para la supresión de la libertad” (ibíd., p. 111).

¹⁷¹ JUAN PABLO II, Encíclica *Evangelium vitae*, n.º. 19 y 20.

“El relativismo moral que tanto ha dado que hablar y pensar, tiene, a mi juicio, el gran peligro de la inestabilidad y de la precariedad. De ahí que los principios universales de contenido ético, moral y social, den seguridad a las personas y a sus vidas”¹⁷².

Un último apunte sobre el elemento moral del bien común: se trata de determinar hasta dónde puede llegar el Estado en su aportación al perfeccionamiento de las personas. Como ya he adelantado, me parece que más allá de los casos en que del comportamiento de las personas se derive un daño a la colectividad (sobradamente glosado, como perjuicio directo o indirecto), cabe una intervención pública dirigida al fomento de la bondad moral (como de la física) del propio sujeto. Tal tarea constituye una parte del bien común social que el Estado asume. No le corresponde (en realidad, no puede) “hacer moral” al ciudadano: no puede impedir que el sujeto se prostituya, se adicione al juego o a la pornografía, etc. (como tampoco que fume, beba o practique deportes de riesgo). Pero sí puede, mediante ciertas limitaciones y estímulos, intentar preservar la ecología¹⁷³ moral de la sociedad, que facilite la bondad moral de la persona. Esto de la misma manera que puede adoptar políticas de salud pública que ayuden a mejorar el estado físico de la población. Expresión aquella, ecología moral, que empleada —según vimos— por Robert P. George, ha sido asumida por otros autores, como Massini¹⁷⁴ o Stoner y Hughes (que concluyen, del estudio citado sobre la pornografía, que esta “daña la ecología moral de la sociedad actual”)¹⁷⁵. Para ello, y tanto para favorecer la salud moral como la física, los poderes públicos adoptarán medidas de fomento, ciertas limitaciones y, en los casos más graves, algunas prohibiciones.

Condensem la comparativa a la que he recurrido con unos ejemplos concretos. A los poderes públicos no les compete directamente la mejora de la forma física de sus ciudadanos; en realidad, solo el ciudadano puede lograrla, mediante acciones positivas o ciertas privaciones; pero un poder público sí puede auxiliarle para facilitar aquella mejora; por ejemplo, puede construir polideportivos o fomentar de otras maneras la práctica del deporte; y en los casos más graves, puede incluso establecer algunas prohibiciones, como la de circular en bicicleta por carretera sin portar casco. El Estado crea así una “ecología deportiva”. Lo mismo puede hacer con la “ecología moral”: sin poder hacer moral al hombre —tarea solo suya—, puede fomentar la bondad moral del ciudadano; incluso, en los casos más claros, cabe que establezca justificadas prohibiciones. En un caso y en el otro, el poder público realiza juicios de valor acerca de la bondad o nocividad —física o moral— de los comportamientos humanos, conforme a los cuales adoptará sus decisiones a favor de una u otra ecología ciudadana; esto siempre partiendo del principio *pro libertate*, que implica la mínima intervención estatal de tipo impositivo.

¹⁷² SAGARDOY, J.A., “Regla de oro: no enfrentarse”, artículo publicado en el diario *ABC* el 14 de agosto de 2014.

¹⁷³ Aunque la palabra “ecología” nos evoca el cuidado de los recursos naturales, lo cierto es que la RAE recoge ahora como segunda acepción de la palabra la siguiente: “parte de la sociología que estudia la relación entre los grupos humanos y su ambiente, tanto físico como social”.

¹⁷⁴ Vid. MASSINI CORREAS, C.I., op. cit., p. 228.

¹⁷⁵ STONER, J.R. Jr. y HUGHES, D.M. “Introducción”, *Los costes sociales de la pornografía*, cit., p. 8.

C. *Unas fronteras requeridas de precisiones: Derecho público y Derecho privado, interés público e interés privado*

Una de las consecuencias del individualismo, más atrás criticado, es una excesiva distinción y separación entre lo privado y lo público: la esfera privada atenderá exclusivamente al bienestar del individuo, de modo que la vida pública se interpreta como una lucha conflictiva requerida del arbitraje del Estado.

Interesa detenernos en la secuela jurídica del individualismo: este ha originado una confusión multiseccular, muy extendida y de consecuencias perniciosas. Para nuestra investigación, interesa aclarar las confusas líneas divisorias entre el Derecho público — que rige la tarea de los poderes públicos—, y el Derecho privado —que lo hace de las relaciones entre privados—. Desde tiempo inmemorial, se viene sustentando la *summa divisio* del Derecho en público y privado sobre la base del interés diverso que justifica uno y otro: el primero atendería al interés general y social, mientras que la razón de ser del segundo sería servir a los intereses particulares o individuales de las personas. Lo erróneo de este planteamiento fue abordado por el profesor Martínez López-Muñiz en el discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, en el año 2009 —que se ha citado y al que me remito para mayor detalle¹⁷⁶—. Baste aquí con resaltar que no parece que la correcta *ratio* divisoria sea la teleológica, según la cual los fines que se esperarían de las normas de Derecho público serían el servicio exclusivo o prevalente al interés general, a lo colectivo o común, mientras que las normas que rigen los actos y relaciones privados solo mirarían al interés particular, a lo individual o personal. Esta segunda (y errada) atribución teleológica interesa más aquí y ahora, al objeto de resaltar, por contraste, que *el poder público, al reglamentar las cuestiones de los privados, no puede dejar de atender al bien común*.

Martínez López-Muñiz lo expresa así en el discurso aludido, y ruego se excuse lo extenso de la cita a la vista de su enjundia:

“Tan evidente es la gran importancia que tiene en el Derecho público la debida determinación y protección de los derechos y libertades individuales de cada persona, como la relevancia del interés general, del bien común social, en la justa determinación y protección por el Derecho privado de la propiedad y los demás derechos reales, las relaciones contractuales entre sujetos particulares, la estructura y régimen de las sociedades mercantiles o el régimen de los vínculos familiares y sucesorios. Que lo primero sea así constituye un axioma del Estado de Derecho, precisamente; y, si no fuera cierto lo segundo, carecería de sentido en realidad toda la regulación legislativa jurídico-privada y las demás intervenciones públicas dirigidas a velar por el Derecho privado, incluida la actuación judicial: una regulación y unas intervenciones que no, por proceder del Poder público, “publican” el Derecho privado que contribuyen a conformar y a garantizar, aunque, desde luego, puedan “socializarlo”, como a veces se ha dicho, en el bien entendido que tal socialización sólo será justa en la medida en que las restricciones a la libertad individual vengam proporcionadamente

¹⁷⁶ Vid. “Derecho público y Derecho privado...”, cit., p. 10.

exigidas por la debida protección de otros derechos o libertades y, en último término, cabalmente por el *bien común* en que todos los derechos y libertades deben armónicamente integrarse, dentro del más pleno respeto de sus contenidos esenciales”.

Como corolario de esta confluencia de intereses que concurren en las dos ramas del Derecho, no puede predicarse tampoco una confrontación radical de los intereses de los entes públicos y de las personas privadas, como si a estas últimas solo les correspondiera satisfacer sus intereses particulares. Tiempo ha que el profesor Ortiz Díaz insistió en que el Estado no tiene el monopolio en la persecución del bien común: apoyándose en los autores franceses George Renard y Bernard Geny, resaltó que “los particulares pueden individual o asociativamente, por sus propios medios, perseguir los mismos fines” [que la Administración]: el servicio al bien común, la satisfacción de las necesidades generales de la comunidad¹⁷⁷. La diferencia de bienes o intereses, comunes y particulares, es en realidad de tipo formal, pues su índole es diversa¹⁷⁸, pero ambos no pueden presentarse como excluyentes.

En un sentido distinto, la Corte Constitucional colombiana ha hecho (y reiterado) la siguiente afirmación, que revela un espíritu desenfocado y, desde luego, resulta de fácil interpretación errónea (como prueban los efectos que su invocación tuvo en el fallo): “en el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador, se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental”¹⁷⁹. Una cosa es que tales “intereses”, públicos y privados, se distingan, y otra que se presenten como contrapuestos. Cuando así se hace, es fácil que se olvide lo que ya nos ocupó a tratar del hombre como ser social: sobre él recaen exigencias no solo individuales, sino también *sociales*, que el Estado no puede obviar al reglamentar sus actividades y también sus relaciones privadas, en aras al bien común.

civilistica.com

Recebido em: 06.08.2015,
mediante convite.

Como citar: ÁLVAREZ, Tomás Prieto. La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-intervencion-del-estado-en-la-liberdad-individual/>>. Data de acesso.

¹⁷⁷ Vid. ORTIZ DÍAZ, J., “El bien común...”, cit. p. 478; añade que “es por otra parte muchísima la aportación que los particulares realizan y pueden realizar al bien común al margen de la empresa administrativa”.

¹⁷⁸ Vid. MILLÁN-PUELLES, A., “El bien común”, cit., p. 121, apoyándose en este punto en ARISTÓTELES y en Tomás de AQUINO.

¹⁷⁹ Sentencia C-606/92, reiterado en la C-309/97.