

¿Cuán paternalista es el republicanismo?

*Anna Richter**

Resumen

En el presente trabajo pretendo argumentar que el acercamiento tradicional al paternalismo y la búsqueda por una justificación especial para actos paternalistas presuponen un punto de vista liberal. Es decir, por qué el paternalismo plantea un problema y en qué casos y de qué manera se lo podría justificar o no presupone una división de las acciones humanas basada en la libertad como no interferencia. Si se abandona tal fundamento liberal y se adopta una visión político-teórica diferente, como la del republicanismo, entonces no solo cambian los casos en los que se pueden justificar ciertos actos paternalistas, sino también cambian los argumentos e incluso puede desdibujarse la división tan tajante en el liberalismo entre justificaciones para actos paternalistas y justificaciones para actos que afectan a terceros.

Palabras clave: Republicanismo. Paternalismo. Defensa penal.

Abstract

This paper states that the traditional approach to paternalism and the search for a special justification for paternalistic acts presuppose a liberal viewpoint. That means, that the question why paternalism is a problem and in which cases and in which manner it could be justified or not presupposes a division of human actions based on liberty as non-interference. If this liberal foundation is abandoned and a different political-theoretical vision is adopted, like that of republicanism, then not only the cases in which certain paternalistic acts can be justified change, but also the argumentation changes and even the division between justifications for paternalistic acts and justifications for acts that affect third parties can become blurred.

Keywords: Republicanism. Paternalism. Criminal defence.

* Centro de investigaciones jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Caseros 301, CP 5000, Córdoba, Argentina, anna.e.m.richter@gmail.com. Agradezco a las y los referees anónimos por los valiosos comentarios y observaciones que hicieron a una versión previa de este trabajo.

1. Introducción

Generalmente se supone que una de las funciones del derecho consiste en ordenar la convivencia de las personas en una sociedad y en imponer reglas para nuestro comportamiento frente a los demás. Se suele sostener, de manera más o menos clásica, que el denominado “derecho civil” determina obligaciones para con nuestros pares, el “derecho penal” prohíbe ciertas acciones dañinas para otros y el “derecho público” establece los derechos y obligaciones entre el ciudadano y el Estado. Se trata de un conjunto de normas que de alguna manera interviene en la vida de los ciudadanos en su relación con otros.

Junto a tales normas que regulan situaciones entre dos o más personas, en nuestros ordenamientos jurídicos, muchas veces la dogmática y jurisprudencia recurre a argumentos paternalistas para justificar ciertas intervenciones en la vida de los ciudadanos. De esta manera, el derecho no solo es usado para limitar o guiar nuestros comportamientos frente a otros, sino también para asegurar obligaciones que supuestamente tendríamos con nosotros mismos.

Aunque las reglas específicas sean sometidas a críticas, la idea general de usar el derecho para regular los actos que afectan a terceros es ampliamente aceptada. No sucede lo mismo con acciones que solo repercuten en el agente mismo. La admisibilidad de tales actos paternalistas es altamente discutida y el punto de vista que se toma frente a esa pregunta depende de la postura político-teórica que se haya elegido.

Es decir, también impactan en la posición frente al paternalismo el rol que se adscribe al gobernante o autoridad, el alcance de la participación de los ciudadanos en la sociedad, sus obligaciones y libertades, así como el diseño de las instituciones estatales que se elija en una determinada teoría política.

En lo que sigue pretendo argumentar que este acercamiento al paternalismo y la búsqueda por una justificación especial para actos paternalistas presuponen un punto de vista liberal. Es decir, por qué el paternalismo plantea un problema y en qué casos y de qué manera se lo podría justificar o no presupone una división de las acciones humanas basada en la libertad como no interferencia. Si se abandona tal fundamento liberal y se adopta una visión político-teórica diferente, como la del republicanismo, entonces no solo cambian los casos en los que se pueden justificar ciertos actos paternalistas, sino también cambian los argumentos. Incluso – como se verá – puede desdibujarse la división tan tajante en el liberalismo entre justificaciones para actos paternalistas y justificaciones para actos que afectan a terceros.

El republicanismo se presta como objeto de observación por el interés reavivado que ha despertado últimamente, especialmente por los trabajos de Philip Pettit y por la larga trayectoria que tiene esta corriente, pues sus orígenes se remontan a pensadores romanos como Cicerón y la idea republicana ha sido retomada múltiples

veces en diferentes momentos de la historia¹. Esta atención renovada parece una buena razón para analizar las posibles respuestas del republicanismo a las interferencias paternalistas.

Para ello no solo pretendo indagar de manera abstracta en el paternalismo y sus posibles justificaciones, sino también usaré un ejemplo concreto para la argumentación paternalista en el ámbito jurídico: la defensa técnica obligatoria en un ordenamiento jurídico específico. Centrarme en un caso de derecho positivo específico permite ver con mayor claridad los problemas relevantes que aquí se analizan. Es decir, sirve como una buena oportunidad para desplegar los problemas que aquí se indicarán.

2. Paternalismo

Cuando se discute sobre paternalismo, se plantean por lo menos dos preguntas. La primera se refiere a qué se entiende por paternalismo, es decir, qué acciones pueden considerarse paternalistas y cuáles no. La segunda cuestión es la valoración de esos actos paternalistas, a saber, sí y en qué condiciones están justificados o si han de rechazarse siempre.

Para distinguir esos dos significados de paternalismo, en el presente trabajo se usará el término *paternalismo en sentido descriptivo* para el primer sentido, es decir como una definición de un determinado tipo de acciones que pretende ser neutral frente a la pregunta de la justificabilidad de tales actos. De manera alternativa se van a usar *acto paternalista* o *interferencia paternalista* para referirse a ese paternalismo descriptivo.

El término *paternalismo en sentido normativo* o *justificación paternalista* se aplicará a la segunda opción, es decir para referirnos a teorías que pretenden dar una justificación específica para actos paternalistas, una justificación que se basa en alguna particularidad de un acto paternalista, tal como la irracionalidad de la persona que se coloca a sí misma en peligro o la consideración según la cual la interferencia paternalista sería un daño menor que el daño autoinfligido.

2.1. Paternalismo en sentido descriptivo

La primera pregunta que necesita ser respondida cuando se discute sobre paternalismo es qué se entiende por ese término y, consecuentemente, qué comportamientos entran en la discusión y cuáles quedan afuera.

Según Feinberg, se pueden distinguir tres grupos de razones para intervenir en la vida de una persona: para impedir daños u ofensas a terceros, para impedir un daño a la persona misma que está actuando y para impedir conductas inheren-

¹ Un breve recorrido histórico del pensamiento republicano se encuentra tanto en Rosler 2016: 10 ss. como en Pettit 1997: 5 ss.

temente inmorales. Feinberg circunscribe el primer grupo con los principios del daño y de la ofensa, mientras que denomina al segundo “paternalismo jurídico” y al tercero “moralismo jurídico”. Aquí me quiero centrar en el segundo grupo e indagar un poco más en los actos comprendidos por él. Esta tarea no es fácil, porque no existe una definición uniforme de paternalismo. Así, Feinberg distingue entre el paternalismo presumiblemente condenable que se refiere al trato de adultos como si fueran niños, sea por su propio bien (paternalismo benevolente), sea por el bien de terceros (paternalismo no benevolente) y el paternalismo presumiblemente no condenable que consiste en la defensa de adultos relativamente indefensos o vulnerables ante peligros externos. Dworkin, en cambio, propone incluir en el paternalismo solo aquellos actos que interfieren en la libertad o autonomía de una persona sin su consentimiento y con el fin de beneficiar a la persona afectada². Esto incluiría el paternalismo benevolente y el paternalismo presumiblemente no condenable, pero excluiría el paternalismo no benevolente. Otros autores como Sunstein y Thaler consideran incluso ciertas presentaciones de diferentes opciones como paternalistas si tal presentación de las opciones empuja a la persona a tomar una decisión favorable para ella³. Para ellos, «una política cuenta como ‘paternalista’ si pretende influenciar las elecciones de las partes afectadas de tal manera que las personas que toman la decisión estarán en una mejor situación»⁴. Tal definición de paternalismo es mucho más amplia que la de Feinberg o Dworkin, porque no exige ninguna intervención en la vida de las personas afectadas, sino deja la toma de decisiones enteramente en las manos de la persona afectada.

De ello se puede inferir que no hay una definición inequívoca de paternalismo que abarque todos los comportamientos considerados paternalistas. Sin embargo, se puede encontrar un núcleo duro de paternalismo que comprende aquellos actos que son reconocidos ampliamente como paternalistas. A mi parecer, este núcleo duro de paternalismo coincide con la definición de paternalismo de Dworkin⁵. Según esa definición, un acto es paternalista cuando interfiere en la vida de otra persona sin su consentimiento y tal interferencia está motivada por el supuesto bien de la persona afectada. Con ello, la definición del paternalismo descriptivo contiene tres requisitos: la condición de coerción, la de consentimiento y la de benevolencia. Según la primera, se requiere una interferencia en la libertad o autonomía de la persona afectada. Eso excluye actos que de ninguna manera limitan las opciones del afectado, por ejemplo, regalos o el poner a disposición una nueva opción que la persona no tenía anteriormente.

² Dworkin 2014: 1.

³ Sunstein, Thaler 2003: 1162.

⁴ Sunstein, Thaler 2003: 1161 s., la traducción es mía.

⁵ Dworkin 2014: 1: «Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm». Así también, Düber 2015: 31.

Según la condición de consentimiento, un acto solo puede considerarse paternalista si falta el consentimiento del afectado, es decir, si se efectúa en contra de la voluntad o por lo menos sin el consentimiento expreso de la persona afectada.

La condición de benevolencia requiere que la acción esté motivada por el beneficio que trae para la persona afectada, en el sentido de que el agente pretende evitar que el afectado se autoinflija un daño. Allí, lo decisivo no es si el acto realmente aumenta el bienestar del interferido y evita el daño temido, sino si el agente está motivado a la acción por el deseo de ayudar al interferido. La presencia de ese requisito se evalúa entonces en el momento de la ejecución de la acción paternalista, es decir *ex ante*, y no se tienen en cuenta sus consecuencias, i.e. se deja de lado el análisis *ex post* y no se analiza si realmente conlleva beneficios para el afectado.

Como se ha visto arriba, se discute si actos que no cumplen con alguno de los tres requisitos pueden considerarse paternalistas. Así, de las diferentes definiciones de paternalismo de Feinberg, el paternalismo presumiblemente no condenable y el paternalismo benevolente presumiblemente condenable contienen las tres características, mientras que el paternalismo no benevolente presumiblemente condenable no cumple con el requisito de la benevolencia. La propuesta de Sunstein y Thaler, según la cual incluso la presentación de diferentes opciones ha de considerarse paternalista si se hace por el bien de la persona que va a elegir, cumple con la condición de benevolencia, pero no contiene ni la condición de coerción ni la de consentimiento, porque la persona afectada no es obligada a nada, no sufre ninguna interferencia y no se actúa en contra o sin su voluntad.

Existen entonces posiciones muy diversas sobre los límites del paternalismo. Sin embargo, no hay duda de que aquellos comportamientos que sí presentan los tres requisitos han de denominarse paternalistas.

La elección de esta definición exigente de paternalismo me permite entonces limitar mi campo de análisis a aquellos casos que son ampliamente reconocidos como paternalistas. De esta manera, la discusión aquí presentada puede ser útil – por lo menos en parte – también para quienes sostienen una definición más amplia de paternalismo.

Por último, aquí se va a usar el término paternalismo en sentido estricto, es decir solo me voy a ocupar de actos paternalistas efectuados por el Estado y no de actos paternalistas entre individuos. Por ende, si en lo siguiente se habla de actos paternalistas o de paternalismo en sentido descriptivo, entonces eso siempre se refiere a una acción efectuada por el Estado que interviene en la vida de un ciudadano sin el consentimiento de éste y motivada por el bienestar del ciudadano.

2.2. Aplicación a la defensa obligatoria

Para poder analizar la discusión sobre actos paternalistas en un caso concreto, recurriré a la justificación paternalista de la defensa técnica obligatoria, es decir,

las razones que se dan para exigir la participación de un abogado defensor como acompañante del imputado en un proceso penal. Si bien la defensa técnica obligatoria y su justificación paternalista existen en muchos ordenamientos jurídicos, entre ellos el alemán, el costarricense o el mexicano, aquí me centraré solo en un sistema que en el aspecto analizado sirve como buen ejemplo para todos los demás: el argentino. Según la normativa argentina, por regla general, el imputado tiene que estar acompañado durante el proceso por un abogado defensor, y solo excepcionalmente podrá defenderse sin ayuda de un defensor si esto «no perjudi[ca] la eficacia de la defensa y no obst[a] a la normal sustanciación del proceso»⁶. Tal imposición general de la defensa técnica recibe por parte de la dogmática y jurisprudencia la justificación paternalista de que el «imputado [...] es considerado por la ley un incapaz relativo, en el sentido de que puede, normalmente, obrar por sí, pero para completar su personalidad en el procedimiento, necesita del auxilio y participación en él de un defensor»⁷.

Existen otros argumentos ulteriores para justificar la imposición de la defensa obligatoria, como por ejemplo la idea de que un Estado de Derecho solo puede tener el derecho de juzgar a alguien si esa persona tiene los mismos derechos y posibilidades de defenderse que los que tiene el Estado en su calidad de acusador. Dado que aquí la defensa obligatoria solo pretende ser un ejemplo de posibles actos paternalistas en nuestros ordenamientos jurídicos occidentales actuales, el trabajo se centrará únicamente en el argumento paternalista y no se analizarán las demás argumentaciones pensables para justificar la defensa obligatoria.

Si se aplica la definición de intervenciones paternalistas al caso de la defensa obligatoria, se puede ver fácilmente que tal imposición de la obligación de contar con un abogado defensor puede ser considerado un acto paternalista.

Cuando el Estado establece la obligación de contar con un abogado defensor en el proceso penal, claramente está interviniendo en la vida del ciudadano. De esta manera, la defensa obligatoria cumple con la condición de coerción.

También cumple con la condición de consentimiento, dado que, por ejemplo, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), el tribunal en cuestión puede imponerle un defensor al imputado incluso en contra de su voluntad explícita⁸.

⁶ Así el texto del art. 118 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Formulaciones parecidas se encuentran en todos los demás Códigos Procesales Penales provinciales y también en el Código Procesal Penal de la Nación. La autodefensa es aceptada para aquellos casos en los que el imputado mismo tiene formación jurídica, así Binder 2016: 155; Cafferata Nores, Tarditti 2003: 356; Vázquez Rossi 2011: 217.

⁷ Maier 1996: 551; Maier 2004: 265-266; Córdón Moreno 1999: 151 ss.; Vélez Mariconde 1981: 394.

⁸ Caso LOPEZ: CSJN-Fallos 310:1797; caso ARNAIZ: CSJN-Fallos 237:158; caso CENTENO: CSJN-Fallos 255:91; Carrió, Garay 2006: 577.

Por último, se satisface la condición de benevolencia. Como ya se ha mencionado, una parte de la dogmática argumenta que la intención detrás de la defensa obligatoria sería el beneficio del imputado. Se supone que el imputado lego, es decir, el imputado sin formación jurídica, no puede elaborar y llevar a cabo una defensa adecuada, y por ende se lo obliga a contar con un defensor para evitar que se autogenera un daño mediante una defensa inapropiada o inútil. En la obligación de contar con un abogado defensor se encuentra entonces la intención de evitar que el imputado se dañe a sí mismo.

Por ende, la defensa obligatoria puede considerarse una intervención paternalista según la definición aquí implementada.

3. Liberalismo y paternalismo

Aunque este trabajo se ocupa principalmente del tratamiento que da el republicanismo al paternalismo, resulta apropiado empezar con una breve presentación de la posición que toma el liberalismo frente a este tipo de intervenciones, porque la discusión general sobre paternalismo y la posibilidad de justificar tales actos está fuertemente marcada por el pensamiento liberal. Para ello, primero indicaré el concepto clave de liberalismo, la libertad como no interferencia, para luego ocuparme de la posibilidad de justificar interferencias paternalistas en una teoría liberal.

3.1. Definición de la libertad

Como es sabido, una manera muy extendida de distinguir las teorías liberales de las demás teorías políticas consiste en considerar todas aquellas teorías como liberales que definen la libertad como no interferencia y la convierten en su concepto clave. En ese sentido, tengo libertad cuando nadie interfiere con mis acciones. A la inversa, carezco de libertad solo cuando otra persona me impide la realización de algún fin, pero no, cuando las razones por las que no puedo alcanzar mis objetivos tienen que ver con circunstancias naturales o mis propias limitaciones físicas, mentales o económicas. Cuanto mayor es esa esfera de no interferencia, mayor es la libertad de la persona⁹. Tal espacio libre de intervenciones ajenas es considerado necesario para que cada persona pueda perseguir sus propios planes de vida y vivir según los propios valores y objetivos. Con ello, la libertad como no interferencia sirve para marcar el espacio en el que la persona *prima facie* debe estar libre de intervenciones ajenas. Este espacio comprende todas aquellas acciones que solo afectan a quien actúa. De esta manera, las acciones humanas se pueden dividir en dos grupos: aquellas que se extienden a las esferas de libertad de otras personas y afectan las

⁹ Berlin 2002: 170.

vidas de terceros y aquellas que están dentro de la propia esfera de libertad y solo afectan al agente mismo.

3.2. Justificación del actuar estatal

Esta división de las acciones dentro y fuera de la propia esfera de libertad también repercute en las limitaciones que los terceros o el Estado pueden imponerles. Si se considera que la libertad requiere un espacio libre de intervenciones ajenas, entonces por lo menos a primera vista debe estar justificado impedir o limitar todos aquellos actos ajenos que interfieren en esta esfera de libertad de una persona.

Si se quiere, se podría expresar esta idea con los conceptos de derechos y deberes¹⁰. El agente tiene el derecho de que nadie interfiera en su espacio de libertad y todas las demás personas tienen el deber de no intervenir en él. Este primer derecho a un espacio no intervenido conlleva – o viene reforzado por – el derecho de limitar o impedir todas las intervenciones ajenas no deseadas y, como contracara, implica el deber de las y los demás de aceptar esas limitaciones.

Obviamente no cualquier interferencia mínima en la vida de otras personas justifica cualquier respuesta. Así, por ejemplo, generalmente se exige una interferencia de un tipo y gravedad específicos para justificar la aplicación del derecho penal, lo que según Feinberg se expresa en la idea de los principios del daño y de la ofensa¹¹. Aquí no me detendré en las finezas de las justificaciones para limitar las acciones que afectan a terceros. Más bien, me interesa indagar en aquellos actos que solo afectan al agente mismo y en las justificaciones que se dan para impedirle tales acciones.

Frente a estas últimas acciones, es decir, aquellas cuyos efectos quedan dentro de la esfera de libertad del agente, la libertad como no interferencia no brinda ninguna justificación de intervención. Está claro que aquí no hay afectación de la libertad de terceros que justifique una limitación. Pues, dado que la acción en cuestión no interfiere con otras personas, la justificación para su limitación no puede provenir de la protección de la libertad como no interferencia de terceros. La libertad del agente mismo tampoco parece dar una justificación para la limitación de sus acciones, porque esa libertad consiste justamente en la protección de un espacio libre de intervenciones y limitaciones.

En resumen, se puede decir que, en el liberalismo, la libertad como no interferencia tiene dos efectos. Por un lado, sirve para dividir las acciones humanas en dos grupos: aquellas que se extienden a las esferas de libertad de otras personas y aquellas que están dentro de la propia esfera de libertad y solo afectan al agente mismo.

¹⁰ Hohfeld 1913: 32 denomina ese tipo de derechos «claims», lo que se podría traducir con demandas o exigencias.

¹¹ Feinberg 1986: X.

Por el otro lado, da una justificación para intervenir en las primeras y no intervenir en las segundas.

Por ello, si se pretenden justificar las intervenciones en actos que solo afectan al agente mismo, es decir, si se busca una justificación para actos paternalistas, ha de recurrirse a otro principio que no sea la libertad como no interferencia. Para tales actos paternalistas se necesita entonces una justificación especial, basada en las particularidades de los actos paternalistas. Este tipo de justificaciones específicas serán llamadas “justificaciones paternalistas”, a diferencia de otras justificaciones que no se refieren solamente a los requisitos paternalistas antes mencionados. Así, muchas justificaciones paternalistas se refieren a la condición de benevolencia y afirman que el daño efectuado a la autonomía del ciudadano mediante el acto paternalista sería menos grave que el daño que se podría generar el ciudadano mismo mediante la acción impedida. Otra argumentación se refiere a la condición de consentimiento y expresa la opinión de que el consentimiento y la voluntad expresa del ciudadano no deberían ser tenidos en cuenta porque el ciudadano tiene algún déficit – por ejemplo, de conocimiento o de capacidad de comprensión – que le impide prever las consecuencias de sus acciones, por lo que tiene que ser protegido ante actos imprudentes.

También existen argumentaciones que rechazan la justificabilidad de cualquier acto paternalista, por ejemplo, porque el daño efectuado mediante la intervención siempre sería más grave que el daño autoimpuesto¹².

Que se acepte alguna justificación paternalista o que se rechace cualquier intento de interferir en actos que solo afectan al agente mismo depende de la corriente liberal específica bajo análisis. Así, en el liberalismo igualitario de Rawls parece haber un cierto margen para justificaciones paternalistas, mientras que el liberalismo libertario de Nozick no permite actos paternalistas¹³. En este trabajo no indagaré en la compatibilidad de las justificaciones paternalistas con las corrientes liberales, solo me interesa resaltar la posición básica del liberalismo frente a los actos paternalistas, a saber, que esos actos no pueden ser justificados recurriendo a la libertad como no interferencia y que por ende, *prima facie*, los actos paternalistas no son justificables o, en su defecto, requieren de una justificación especial basada en las particularidades de tales actos.

Después de esta breve reconstrucción de la relación entre el liberalismo y las justificaciones paternalistas pretendo demostrar en lo que sigue que en el republicanismo la posibilidad de justificar actos paternalistas es notablemente diferente.

¹² Nozick 1974: ix.

¹³ Rawls 1971: 249; Nozick 1974: ix.

4. Republicanismo y paternalismo

Al igual que en el liberalismo, en el republicanismo, la libertad es considerada el valor último de las personas y consecuentemente de una sociedad.

4.1. Definición de la libertad

Sin embargo, esta libertad no es entendida como no interferencia. Más bien, se la concibe como no dominación, es decir, como la ausencia del poder de intervenir sobre bases arbitrarias. Esto significa, por un lado, que no sólo una interferencia efectiva, sino ya el poder de terceros de interferir en la vida de un ciudadano limita la libertad de este último. Por otro lado, no cualquier interferencia o poder de interferencia afecta la libertad. Solamente las interferencias arbitrarias causan una situación de dominación y por ende afectan la libertad. Así, una interferencia efectiva que no es arbitraria no es considerada por el republicanismo como una limitación ilegítima de la libertad.

Para determinar cuándo existe una situación de dominación que compromete la libertad de alguien hay que definir entonces qué es una interferencia arbitraria. Aquí se va a aplicar la definición de interferencia arbitraria de Philip Pettit, aunque también existen otras definiciones de arbitrariedad que en última instancia llevarían a otras consecuencias para los temas aquí abordados.

Según Pettit, un acto es arbitrario cuando solamente está sujeto a la decisión o el juicio del agente y cuando éste puede elegir efectuar el acto o no efectuarlo según su placer o parecer. En estos casos, el agente puede interferir en la vida de otros basándose en intereses u opiniones no compartidos por el afectado, sin pedir permiso o tener que temer sanciones¹⁴.

En cambio, un acto no es arbitrario cuando al tomar la decisión se tiene en cuenta el bienestar, la visión del mundo, los intereses u opiniones del afectado¹⁵. Esta definición de la no arbitrariedad requiere de algunas precisiones. Por un lado, los valores a tener en cuenta pueden contradecirse, como pasa a menudo con los intereses y el bienestar de una persona. En ese caso se plantea la pregunta de cuál de todos los valores mencionados por Pettit habría que tener en cuenta y cuáles no.

Una manera de evitar ese riesgo sería limitarse al término más frecuentemente empleado por Pettit, a saber, el interés del afectado. Sin embargo, ese interés también puede interpretarse de diferentes maneras. Así, puede ser concebido como un interés objetivo, i.e. como un interés razonable que tendría una persona racional, independientemente de los intereses específicos basados en las experiencias per-

¹⁴ Pettit 1997: 22.

¹⁵ Pettit 1997: 55.

sonales que tiene la persona en cuestión¹⁶. Dentro del republicanismo, ese interés objetivo y razonable también puede entenderse como un interés basado en el bien común de la sociedad¹⁷. Por otro lado, las explicaciones de Pettit acerca del interés del afectado también podrían interpretarse como un interés “democrático”, según el cual los intereses de las personas dentro de una sociedad republicana se definen mediante debates públicos y deliberativos¹⁸. La tercera interpretación posible consiste en concebir los intereses del afectado como intereses subjetivos, i.e. como los intereses reales de un individuo, que éste percibe como tales y que guían sus decisiones¹⁹. Aquí, la determinación del interés no depende cuestiones objetivas o relativas a algún bien común, sino de las expresiones de voluntad de las personas afectadas, es decir, de su consentimiento. Sin embargo, parece que Pettit no está pensando en el interés en ese sentido subjetivo porque para él, el consentimiento no puede excluir la dominación²⁰. Desde el punto de vista de Pettit, existen situaciones en las que una persona consiente algún contrato u otro tipo de interferencia y de esa manera se somete voluntariamente a la dominación de otra persona. Un ejemplo es el contrato de esclavitud, pero también ciertos contratos laborales o decisiones mayoritarias que conllevan una dominación ejercida sobre grupos minoritarios. Por ello, Pettit afirma que «el consentimiento en la interferencia no es un control suficiente para prevenir la arbitrariedad y la dominación»²¹. Además, considera que el consentimiento no solo es insuficiente, sino que ni siquiera es necesario para excluir la arbitrariedad. Según él, «lo que se requiere para que no haya arbitrariedad en el ejercicio de un determinado poder no es el consentimiento real a ese poder»²². Dado que para Pettit el consentimiento no es ni necesario ni suficiente para excluir dominaciones, el interés a tener en cuenta en la toma de decisiones no puede ser un interés subjetivo. Más bien, debe ser un interés en sentido objetivo o democrático.

El segundo requisito para que una intervención no sea arbitraria se podría llamar la «posibilidad de control» o «disputabilidad». Según Pettit, el ciudadano debe tener la posibilidad de contestar a las autoridades y de esa manera desafiar la suposición de que un acto estatal resulta en su interés²³. Generalmente, este requisito se considera satisfecho cuando el ciudadano tiene la posibilidad de recurrir contra una decisión estatal ante algún tribunal o cuando se encuentran abiertas otras formas de hacerse escuchar, como audiencias públicas o instituciones públicas de control

¹⁶ Bader 1991: 139.

¹⁷ Lovett 2016: 2.2.

¹⁸ Lovett 2016: 2.2.

¹⁹ Bader 1991: 139.

²⁰ Pettit 1997: 62 ss.

²¹ Pettit 1999: 91.

²² Pettit 1999: 91.

²³ Pettit 1999: 92.

y defensa de usuarios o consumidores. Esto se podría denominar un derecho a ser oído posteriormente, o, en las palabras de Pettit, «lo que es importante no es que el gobierno haga lo que el pueblo le dice, sino que, so pena de arbitrariedad, las personas siempre puedan impugnar cualquier acto del gobierno»²⁴.

En resumen, se podría decir que una interferencia es no arbitraria y por ende no afecta la libertad de las personas cuando en la decisión de interferir se han tenido en cuenta los intereses objetivos de los afectados o la interferencia es el resultado de un debate deliberativo y cuando el afectado tiene la posibilidad de disputar y objetar tal interferencia.

Si se contraponen estas dos concepciones de libertad, la liberal de la no interferencia y la republicana de la no dominación, salta a la vista que ambas teorías políticas están preocupadas por la libertad de los ciudadanos, pero la determinación de esta libertad difiere en puntos centrales. Para asegurar la libertad de los ciudadanos, el liberalismo distingue entre una esfera «interna», en la que caen todas aquellas acciones que solo afectan al agente mismo y por ende debe quedar libre de interferencias ajenas, y una esfera «externa», que comprende todas las acciones que afectan a terceros y por ende pueden ser limitadas o interferidas. Ambas esferas son necesarias para la convivencia en una sociedad y cada una está determinada por las acciones que comprende y las posibles respuestas que pueden darse a esas acciones.

El republicanismo en cambio no divide la vida de los ciudadanos en una esfera libre de intervenciones ajenas y una esfera en la que sí se puede intervenir. Más bien, busca asegurar un único espacio libre de dominación que, en última instancia, debería comprender todos los aspectos de vida de los ciudadanos. En ese espacio libre de dominación, las interferencias en sí no son contrarias a la libertad y, a la inversa, un espacio libre de interferencias no necesariamente asegura libertad. Por ello, no es relevante si una acción solo afecta al agente mismo o si también interfiere en la vida de las y los demás. La pregunta central es si una acción o una situación expresa dominación o no.

4.2. Justificación del actuar estatal

Esta diferencia en la concepción de la libertad repercute de manera directa en las justificaciones para los actos ajenos y especialmente para la intervención estatal.

Como ya se ha visto, la concepción liberal de la libertad como no interferencia le da al Estado la justificación de intervenir en una acción cuando ésta limita la libertad de terceros, pero no puede justificar la intervención en acciones que no afectan a terceros, porque en esos casos la libertad no requiere de protección.

En el republicanismo en cambio, la justificación para la intervención estatal es notablemente diferente. Por un lado, no todas las intervenciones son consideradas

²⁴ Pettit 1997: ix.

una limitación de la libertad. Y por el otro, no parece ser relevante si la intervención estatal es la respuesta a una acción que solo afecta al agente mismo o si es la respuesta a una acción que afecta a terceros. Es posible que esta falta de relevancia haya llevado a Pettit a no distinguir entre actos que afectan a terceros y aquellos que solo afectan al agente mismo y que por ello tampoco indaga en el tratamiento que recibirían estos últimos actos.

Aun así, existe un párrafo en el Republicanismo de Pettit que puede echar luz sobre su percepción de la justificación de intervenciones paternalistas. Aunque no recurre al término paternalismo o a la distinción entre actos que afectan al agente y aquellos que afectan a terceros, presenta un caso típicamente ubicado dentro del ámbito paternalista, a saber, el diferente trato que reciben menores de edad en comparación con los mayores de edad. Según su opinión, los niños no están dominados, aunque sus padres y maestros tienen amplios poderes sobre ellos y las tareas de educación y crianza limitan notablemente sus ámbitos de elección, siempre y cuando esas autoridades no tengan el derecho de interferir arbitrariamente en la vida de ellos²⁵. Según Pettit, “se permitiría a padres y maestros un grado considerable de interferencia en las vidas de los niños, pero la interferencia estaría concebida para atender a los intereses de los niños, de acuerdo con interpretaciones estándar, y no constituiría una forma de dominación”²⁶. De ello se puede inferir que para Pettit solo tiene importancia si un acto es arbitrario, pero no si ese acto puede ser definido como paternalista o no.

Ahora solo queda por aclarar si los actos paternalistas frente a adultos – especialmente la defensa obligatoria – también son justificables como intervenciones no arbitrarias o si representan casos de dominación.

Como se ha visto, según Pettit, para no ser dominadoras, las intervenciones estatales deben basarse por un lado en los intereses de las personas afectadas y por el otro lado, tales personas afectadas deben tener la posibilidad de disputar las acciones estatales. Para que un acto paternalista pueda considerarse una intervención no dominadora, se debe entonces evaluar si tal acto se basa en los intereses de los afectados y no meramente en los intereses del agente. Este requisito de tener en cuenta los intereses de los afectados también se refleja en la definición de acto paternalista aquí empleada, pues según ésta, los actos paternalistas requieren una condición de benevolencia, es decir, deben ser motivados por el deseo de evitar que la persona afectada se efectúe un daño a sí misma. A primera vista, se podría asumir que esta condición de benevolencia siempre es compatible con la exigencia republicana de tener en cuenta los intereses del afectado, dado que es de suponer que cualquier persona razonable tiene el interés objetivo de evitar daños autoinfligidos y que también la determinación de un interés común obtenido mediante un debate deliberativo llevaría al deseo de evitar tales daños. Entonces, independientemente de cómo

²⁵ Pettit 1997: 161.

²⁶ Pettit 1997: 161.

se entiende el término “interés” en la teoría de Pettit, el evitar un daño autoinfligido sería en el interés del afectado.

En esa determinación del interés del afectado tampoco juega un rol negativo el hecho de que los actos paternalistas se efectúan sin o en contra de la voluntad del afectado. Pues, según Pettit, es irrelevante si la persona consintió a la interferencia o no, dado que la falta de consentimiento no puede convertir una interferencia en dominadora.

Sin embargo, la coincidencia entre la condición de benevolencia y el interés objetivo no parece ser absoluta. En efecto, la benevolencia se refiere a la motivación del agente, mientras que el interés se refiere a los efectos de la acción. Con ello, puede darse el caso que el agente actúa motivado por el deseo de evitar daños, pero la acción realizada no es idónea para evitar tal daño o incluso lo empeora. En esos casos bien se puede afirmar la existencia de la condición de benevolencia, pero no podría decirse que tal acción está en el interés del afectado. Para poder afirmar el interés objetivo del afectado en la acción se debería exigir entonces que tal acción sea efectiva en el sentido de idónea y necesaria para evitar los daños autoinfligidos. Entonces, solo aquellos actos realizados con el deseo benevolente de evitar daños autoinfligidos que también muestren eficiencia en alcanzar su fin pueden considerarse abarcados por el interés objetivo del afectado. Esto también significa que, a diferencia de la evaluación de la benevolencia que se realiza *ex ante*, la determinación del interés objetivo parece requerir una evaluación *ex post*.

El segundo elemento requerido por el republicanismo para una interferencia no dominadora es la disputabilidad. La definición aquí empleada de los actos paternalistas no se extiende a ese requisito. Por ello, es posible que haya actos paternalistas contra los que las y los ciudadanos disponen de vías de control y otros actos para los que no están previstos tales posibilidades de contestación. Sin embargo, siempre y cuando la estructura institucional específica prevea una vía de control para un acto paternalista, éste ha de considerarse una interferencia no dominadora y por ende justificada en el republicanismo.

Por ende, una intervención estatal que pretende evitar un daño autoinfligido estaría justificada en el republicanismo de Pettit siempre y cuando la acción es eficiente para impedir el daño y el ciudadano tiene la posibilidad de control, i.e. cuando puede recurrir contra la intervención ante un tribunal u otra institución estatal. Así, no todos, pero muchos actos paternalistas podrían justificarse en un sistema republicano.

Ese resultado también vale para el ejemplo presentado al inicio, la defensa obligatoria. La defensa obligatoria es una intervención cuya implementación cumple con el interés objetivo y comúnmente compartido de obtener una defensa útil y jurídicamente fundada. De esta manera, la interferencia está en el interés del imputado. Además, en el ordinamiento jurídico argentino, el imputado tiene la posibilidad de oponerse ante el tribunal contra la imposición de la defensa obligatoria y puede pedir permiso para autodefenderse. De esta manera, el afectado, en este caso el

imputado, también tiene la posibilidad de recurrir a una instancia de control. Por ende, la imposición paternalista de la defensa obligatoria estaría justificada en un sistema republicano.

4.3. Evaluación de esa justificación

Como se ha visto, un acto paternalista como la defensa obligatoria puede justificarse sin mayores problemas según la teoría republicana de Pettit. En esta justificación se tiene en cuenta si tal acto es arbitrario, es decir si se tuvo en cuenta el interés objetivo o común del afectado y si el afectado tiene la posibilidad de controlar la interferencia, por ejemplo, mediante la apelación frente a algún tribunal. Lo que no importa en esta justificación es si la interferencia es paternalista o no. Eso significa que la justificación no tiene en cuenta las particularidades de los actos paternalistas, especialmente si la intervención se efectúa para evitar un daño al agente mismo o a terceros y tampoco toma en consideración si el afectado dio su consentimiento o no.

De esta manera, el republicanismo no distingue entre una justificación para actos paternalistas y para aquellos que no lo son, sino que la justificación siempre es la misma, independientemente de si se trata de una intervención paternalista o no: lo relevante es la dominación o no dominación que ejerce la intervención y ésta es independiente de la cuestión de si el actuar estatal es una respuesta a un acto que solo afecta al agente o también afecta a terceros.

Sin embargo, esta justificación no es una justificación paternalista en el sentido antes mencionado, i.e. no es paternalista en sentido normativo. Pues, para el republicanismo de Pettit, la distinción entre actos que afectan a terceros y actos que solo afectan al agente mismo es irrelevante y con ello, la discusión conocida de las teorías liberales sobre la justificabilidad o no de los actos paternalistas en contraposición a los que pretenden evitar daños u ofensas a terceros pierde toda relevancia.

5. Conclusiones

En el presente trabajo presenté la posición del republicanismo de Pettit frente a intervenciones paternalistas y la contrapuse con la visión liberal.

Este análisis llevó a dos conclusiones. Por un lado, y retomando la pregunta planteada en el título, se puede decir que el republicanismo efectivamente es paternalista, o por lo menos más paternalista que el liberalismo, porque permite ciertas interferencias paternalistas al no considerarlas contrarias a la libertad como no dominación, mientras que el liberalismo *prima facie* es refractario a las intervenciones paternalistas porque no pueden justificarse con la protección de la libertad como no interferencia.

Por el otro lado, la discusión sobre el paternalismo parece ser ajena al republicanismo porque para esta teoría política, en la evaluación de la justificación de una intervención estatal, la distinción entre actos paternalistas y actos que no son paternalistas es irrelevante. Preguntarse por las diferencias en la justificación de intervenciones paternalistas frente a otros tipos de actos presupone un punto de vista no compartido por el republicanismo, a saber, un punto de vista liberal que parte de la concepción de la libertad como no interferencia. Con ello, se puede decir que la discusión paternalista y la búsqueda por una justificación paternalista es un tanto artificial en una teoría como el republicanismo.

Por ende, se puede plantear la pregunta de si esta indiferencia del republicanismo frente a las particularidades de los actos paternalistas presenta un problema para el republicanismo. Es decir, ¿debería el republicanismo prestar atención a los actos paternalistas y tratarlos de manera diferente que otras intervenciones? Una manera de buscar una respuesta a esta pregunta consiste en aplicar la técnica del equilibrio reflexivo y recurrir a nuestras intuiciones frente a los actos paternalistas. Como es sabido, mediante la técnica del equilibrio reflexivo²⁷ se evalúa si y de qué manera una teoría política o moral determinada presenta herramientas para fundamentar y justificar una intuición inicial y se pretende lograr una coincidencia entre la teoría y las intuiciones. Si no se logra tal armonía, esa divergencia entre teoría e intuición puede llevarnos en primer plano a cuestionar la corrección de la teoría (o los principios que la definen). Por el contrario, si la teoría nos convence, su incompatibilidad con la intuición también puede ser tomada como un argumento para cuestionar e incluso cambiar la intuición inicial.

Si nuestra intuición es que está justificado proteger a una persona frente a determinados riesgos autoimpuestos, porque plantean un peligro irrazonable que ninguna persona racional correría voluntariamente, entonces la propuesta republicana parece convincente. Esto es así, porque su foco en la libertad como no dominación puede dar una justificación para todos aquellos actos paternalistas para los que se puede constatar un interés objetivo de la persona afectada. Esta solución se integra orgánicamente en el razonamiento republicano y no requiere de un esfuerzo especial, como sí requiere en cambio en el liberalismo, donde los actos paternalistas *prima facie* no son justificables. Además, protege contra interferencias paternalistas para las que no se puede afirmar un interés objetivo de la persona afectada y, de esta manera, limita las intervenciones estatales a aquellos casos en los que el acto paternalista es eficiente en la prevención de peligros autoimpuestos.

Si, en cambio, nuestra intuición nos lleva a rechazar los actos paternalistas y nos parece que son intrínsecamente diferentes de otros tipos de intervenciones, entonces la indiferencia del republicanismo ante las particularidades de los actos paternalistas y su incapacidad de ofrecer una justificación específica para aceptar o rechazar

²⁷ Rawls 1999: 18.

los actos paternalistas puede ser una razón para rechazar esta teoría política y buscar otra teoría como el liberalismo que distinga donde el republicanismo no lo hace.

En ambos casos, lo relevante parece ser no solo si el republicanismo justifica determinadas intervenciones paternalistas o no, sino también si tal justificación difiere de las justificaciones que ofrece para intervenciones no paternalistas. En el primer supuesto, el hecho de que el republicanismo responde a las intervenciones paternalistas de la misma manera que a cualquier otra interferencia, es una ventaja, en el segundo supuesto es una desventaja.

Bibliografía

- Bader, V. (1991). *Kollektives Handeln. Teil 2: Protheorie sozialer Ungleichheit und kollektiven Handelns*, Wiesbaden, Springer Fachmedien.
- Berlin, I. (2002). *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press.
- Binder, A. (2016). *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, II ed.
- Cafferata Nores, J., Tarditti, A. (2003). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Tomo 1, artículos 1 a 300*, Córdoba, Editorial Mediterránea.
- Carrió, A., Garay, G. (2006). *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, V ed.
- Cordón Moreno, F. (2002). *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, Aranzadi, II ed.
- Düber, D. (2015). *The Concept of Paternalism*, en Schramme, T. (ed.), *New Perspectives on Paternalism and Health Care*, Heidelberg, Springer Verlag, 31-46.
- Dworkin, G. (2014). *Paternalism*, en Edward N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism>.
- Hohfeld, W.N. (1913). *Some fundamental legal concepts as applied in judicial reasoning*, «The Yale Law Journal», 23, 1, 16-59.
- Lovett, F. (2016). *Republicanism*, en Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/republicanism/>.
- Maier, J. (1996). *Derecho procesal penal. Tomo I, Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, II ed.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism. A theory of freedom and government*, Oxford, New York, Clarendon Press.

- Pettit P. (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice, Original Edition*, Cambridge, The Belknap Press.
- Rosler, A. (2016). *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz Editores.
- Sunstein C.R., Thaler R.H. (2003). *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, «The University of Chicago Law Review», 70, 4, 1159-1202.
- Vázquez Rossi, J.E. (2011). *Derecho Procesal Penal, Tomo 2: El proceso penal, Los órganos y sujetos procesales, El desarrollo del proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, II ed.
- Vélez Mariconde, A. (1981). *Derecho Procesal Penal. Tomo II*, Córdoba, Editorial Lerner.