

Ulfrid Neumann

Carmen Eloísa Ruiz L. (Eds.)

EL PATERNALISMO EN EL DERECHO Y LA MORAL

Contribuciones a la discusión actual

Colección
Externado-Tirant
Derecho

Universidad
Externado
de Colombia



tirant
lo blanch

Acceso gratis a la lectura en la nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

El paternalismo en el derecho y la moral

Contribuciones a la discusión actual

Bijan Fateh-Moghadam
Michael Quante
Dietmar von der Pfordten
Frank Saliger
Andreas von Hirsch
Ulfrid Neumann

Autores

Nuria Pastor Muñoz
Luis Felipe Vergara Peña

Traductores

Ulfrid Neumann
Carmen Eloísa Ruiz López

Editores

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

JORGE A. CERDIO HERRÁN

Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES

GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

LUIS LÓPEZ GUERRA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

MARTA LORENTE SARIÑENA

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

VÍCTOR MORENO CATENA

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ANGELIKA NUSSBERGER

Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania)

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

CONSUELO RAMÓN CHORNET

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

IGNACIO SANCHO GARGALLO

Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

ELISA SPECKMANN GUERRA

Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

RUTH ZIMMERLING

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:

**EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ
y TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

El paternalismo en el derecho y la moral

Contribuciones a la discusión actual

Bijan Fateh-Moghadam
Michael Quante
Dietmar von der Pfordten
Frank Saliger
Andreas von Hirsch
Ulfrid Neumann

Autores

Nuria Pastor Muñoz
Luis Felipe Vergara Peña

Traductores

Ulfrid Neumann
Carmen Eloísa Ruiz López

Editores

Universidad
Externado
de Colombia



tirant
lo blanch

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Neumann, Ulfrid

El paternalismo en el derecho y la moral : contribuciones a la discusión actual / Bijan Fateh-Moghadam [y otros] ; Nuria Pastor Muñoz, Luis Felipe Vergara Peña, traductores ; Ulfrid Neumann, Carmen Eloísa Ruiz López, editores. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia ; Editorial Tirant Lo Blanch, 2023.

184 páginas ; 21 cm.

ISBN: 978-628-7620-43-8 (impreso)

1. Libertad (Derecho) – 2. Filosofía del derecho – 3. Libre albedrío y determinismo – 4. Autonomía – 5. Derecho y ética – 6. Ética – 7. Ética médica – 8. Consentimiento legal (Medicina) – 9. Consentimiento (Derecho) – 10. Derecho penal I. Pastor Muñoz, Nuria,

traductora II. Vergara Peña, Luis Felipe, traductor III. Neumann, Ulfrid, editor IV. Ruiz López, Carmen Eloísa, editora V. Universidad Externado de Colombia VI. Título

340.1 SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MRJ.

© ISBN: 978-628-7620-43-8 (impreso)

© ISBN: 978-84-1169-359-2 (digital)

© 2023, Ulfrid Neumann

© 2023, Carmen Eloísa Ruiz

© 2023, Universidad Externado de Colombia

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

Calle 11 # 2-16 (Bogotá D.C.)

Tel.: 4660171

Email: tlb@tirant.com

Librería virtual: www.tirant.com/co/

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Contenido

Estudio introductorio	11
<i>Ulfrid Neumann y Carmen Eloísa Ruiz López</i>	
Límites del paternalismo blando. Puntos ciegos de la crítica liberal al paternalismo	21
<i>Bijan Fateh-Moghadam</i>	
Alcance y límites del antipaternalismo	61
<i>Michael Quante</i>	
En defensa de la autonomía personal	67
<i>Michael Quante</i>	
Paternalismo y la consideración del otro	81
<i>Dietmar von der Pfordten</i>	
Sobre la regulación procedimental de la asistencia al suicidio	101
<i>Frank Saliger</i>	
Paternalismo directo en el derecho penal. ¿Debe criminalizarse el comportamiento autolesivo?	129
<i>Andreas von Hirsch</i>	
El tipo de homicidio a petición (§ 216 StGB) como una disposición jurídico-penal paternalista	149
<i>Ulfrid Neumann</i>	
Perfil de autores y editores	179

Estudio introductorio*

El tema del “paternalismo”, al que se dedican las siguientes contribuciones, tiene una larga tradición en la historia de las ideas, pero reviste especial importancia en la actualidad. La tradición se remonta a la Ilustración, época en la que surgió una moral orientada hacia el individuo. Cuando las necesidades, los deseos y, sobre todo, la personalidad individual pasaron a un primer plano, el paternalismo hacia el individuo por parte de un Estado que pretendía promover los intereses “objetivos” de sus “súbditos” se convirtió en un problema. El escepticismo frente a este paternalismo encontró más tarde su expresión clásica en *Sobre la libertad* (1859) de John Stuart Mill.

Desde entonces el debate respecto del paternalismo se ha desarrollado con mayor o menor intensidad en distintas fases filosóficas. El hecho de que hoy en día desempeñe un papel especialmente destacado en la filosofía moral y en la filosofía del derecho es, sobre todo, consecuencia del rápido avance de la medicina. Cuanto más se amplía el ámbito de lo “factible” desde el punto de vista médico, más apremiante se hace la cuestión de si se puede proteger “paternalistamente” al individuo de las intervenciones que desea, pero que al mismo tiempo van asociadas a daños o, en todo caso, a riesgos para él, y en qué medida.

¹ Los editores agradecen a Ricardo Arenas Ávila, María Alejandra Díaz Vargas y Pablo Andrés Vanegas Santana por su colaboración en la revisión diagramada de esta obra.

Esto se refiere, por ejemplo, a la cuestión de si el “consentimiento informado” del donante basta para la admisibilidad de la donación de órganos o si se deben establecer condiciones adicionales. También se plantea la cuestión de si el individuo tiene derecho de poner fin a su vida con asistencia médica. Y en vista del éxito de un experimento de “edición genética” en China, actualmente también se plantea la cuestión de si el embrión debe protegerse “paternalistamente” de manipulaciones genéticas que sirven para prevenir enfermedades hereditarias, pero que no están exentas de riesgos.

Las respuestas a estas preguntas sólo pueden darse en un debate especializado. Sin embargo, presuponen un discurso sobre la legitimidad fundamental, así como sobre los límites de las medidas paternalistas. Las contribuciones impresas en este volumen, que comentan los problemas del paternalismo desde una perspectiva tanto filosófica como jurídica, pretenden servir a este discurso. Están dedicadas a diferentes subáreas del complejo problema y, al mismo tiempo, reflejan diferentes perspectivas de la filosofía moral o jurídica.

1) En su contribución introductoria, Bijan Fateh-Moghadam define el término “paternalismo” y ofrece una visión general de sus variedades (paternalismo directo/indirecto, duro/blando). En el centro está la tesis de que el llamado paternalismo “blando”, que permite la intervención de terceros en casos de déficit de autonomía de la persona afectada (p. ej., por ser menor de edad), también requiere un debate crítico. Con esta tesis, Fateh-Moghadam se opone a la opinión predominante en la literatura, que limita la crítica liberal del paternalismo al paternalismo duro, y en algunos casos incluso excluye conceptualmente el paternalismo “blando” clasificándolo como no paternalismo.

Según Fateh-Moghadam, la necesidad de debatir el llamado paternalismo blando también se deriva de la vaguedad del concepto de autonomía, que es el centro de este modelo. El paternalismo blando se caracteriza por respetar en principio las decisiones autónomas de las personas competentes y se orienta hacia el objetivo de garantizar la autonomía del individuo a la hora de marcar las barreras a la auto-

disposición. Los límites entre el paternalismo blando, por un lado, y el paternalismo duro o paternalismo moral (moralismo jurídico), por otro, vienen marcados así por las condiciones en las que se afirma o se niega la autonomía.

Basándose en diferentes ámbitos problemáticos, Fateh-Moghadam muestra que a veces se plantean exigencias demasiado estrictas a la autonomía de la decisión de la persona afectada y, de este modo, se posibilitan intervenciones paternalistas (supuestamente) “blandas” de forma injustificada. Esto se aplica a la construcción de “obligaciones jurídicas en contra de su propio querer”, que en el derecho penal se marcan a veces como límites a la autodisposición. Sostiene que en el fondo se trata de una posición moralista jurídica. La afirmación generalizada de un deber médico “objetivo” de revelación que es independiente de la voluntad del paciente, así como los enfoques económicos conductuales que quieren permitir intervenciones paternalistas ya en el caso de déficits de racionalidad (y no sólo en el caso de déficits de autonomía), son así mismo objeto de crítica. En este contexto, Fateh-Moghadam subraya que la ley también garantiza la “libertad de no ser razonable”.

2) Paternalismo y autonomía no son sólo antípodas en el plano normativo; como señala Michael Quante en su primera contribución, concebida como introducción a una antología, están entrelazados en el plano conceptual como “términos de reflexión”: el contenido de uno no puede determinarse sin referencia al del otro. En esencia, Quante diagnostica una discrepancia entre una crítica de gran alcance del paternalismo por parte de la escritura filosófica, por un lado, y una actitud claramente más positiva hacia las medidas paternalistas que se encuentran en la vida cotidiana, por otro. Aboga más por una teoría flexible y compleja de la autonomía y el paternalismo que se adapte mejor a las exigencias de la práctica ética que por una filosofía orientada hacia principios rígidos.

3) En su segunda contribución Quante desarrolla dicha teoría flexible para un subámbito del problema del paternalismo (el de las medidas biomédicas). Se refiere a un debate caracterizado por la contraposición

de “autonomía de acción”, por un lado, y “autonomía personal”, por otro: Existe un desacuerdo en filosofía sobre si la “autonomía” se refiere a las acciones o al carácter, la personalidad o la vida social de las personas. Cuante se refiere críticamente a Thomas Beauchamp, autor de obras de referencia sobre ética en biomedicina. Según Beauchamp, en este ámbito sólo es importante la autonomía de acción, no la autonomía personal.

Beauchamp justifica su posición de que sólo la autonomía de acción es importante en este ámbito, no la autonomía personal, con base en dos tesis: 1) la autonomía personal no es una condición previa necesaria ni suficiente para la autonomía en este ámbito. El respeto de la autonomía del paciente, que se refleja en el prerrequisito del “consentimiento informado”, sólo se refiere a la autonomía de acción, y 2) el intento de recurrir a la autonomía personal conduce a consecuencias inaceptables en el campo de la biomedicina.

En contra de la primera tesis Cuante objeta que, al menos en ciertos casos, la “autonomía personal” es necesaria para una decisión autónoma, incluso en el campo de la biomedicina, entendida como la capacidad (de segundo nivel) de reflexionar críticamente sobre las preferencias de primer nivel. Utiliza el ejemplo de una hija que consiente en la donación de órganos a favor de su padre porque siente que debe hacer todo lo concebible por él. Su incapacidad para reflexionar sobre esta máxima es una buena razón para dudar de que su consentimiento a la donación de órganos merezca consideración.

Sin embargo, para que se dé el supuesto de autonomía personal no es necesario que la persona afectada pueda y quiera reflexionar sobre sus deseos en cada situación de toma de decisiones. Se puede tener autonomía personal en un caso individual sin ejercer las capacidades decisivas para ello, si no hay nada que bloquee la capacidad de valorar críticamente las preferencias de primer nivel. En ese sentido Beauchamp tiene razón cuando afirma que el ejercicio de las capacidades necesarias para la autonomía personal no es indispensable en una situación concreta. Sin embargo, de ello no se deduce que la autonomía personal no sea necesaria en el sentido más débil indicado. En ese concepto más diferenciado y

realista, la autonomía personal es un requisito previo necesario para la autonomía. También en el ámbito de la ética biomédica son necesarias tanto la autonomía de acción como la autonomía personal.

Quante tampoco encuentra convincente la segunda tesis de Beauchamp. Sin embargo, señala que es correcto utilizar la autonomía de acción en el campo de la biomedicina como criterio estándar para una decisión autónoma. Pero en determinados casos no se puede prescindir de la autonomía personal. La autonomía no puede reducirse más al “consentimiento informado” en el campo de la biomedicina que en la ética en general. Lo que se necesita es un modelo ético complejo que tenga en cuenta adecuadamente ambos componentes de la autonomía.

4) Dietmar von der Pfordten sitúa sus reflexiones sobre los problemas y la legitimidad de las medidas paternalistas en el contexto de una teoría ética general. Para el autor el paternalismo no es una cuestión particular de la ética, sino la “prueba de fuego” de la ética en su conjunto. En detalle, desarrolla cuatro tesis sobre el paternalismo. En primer lugar, señala que la condición básica tanto del paternalismo como de la moral en general es la consideración del otro. En ese contexto subraya –con un giro contra Kant– que no puede haber deberes contra uno mismo. Con la segunda tesis profesa el modelo de un “individualismo normativo”, para el que los deseos e intereses del individuo representan las variables de orientación decisivas de las normas morales.

De ello se deduce que las medidas paternalistas deben servir siempre al bienestar de los individuos, pero no al de los colectivos. Con la tercera tesis, Von der Pfordten afirma la legitimidad de un paternalismo “blando” que interviene cuando las decisiones de la persona afectada se toman sobre la base de concepciones defectuosas de los hechos, o cuando no es posible una formación real de la voluntad (p. ej., en caso de inconsciencia). Por otro lado, no está permitido ignorar las decisiones de la persona afectada que se toman sobre la base de consideraciones cuestionables (“Prefiero morir antes que dejar de fumar”) o debido a la debilidad de la voluntad (“Quiero dejar de fumar, pero no puedo hacerlo”). En estos casos,

la intervención se clasificaría como paternalismo “duro”, que es fundamentalmente inadmisiblesobre la base del “individualismo normativo”.

Sin embargo, este rechazo general del paternalismo “duro” debería limitarse a los ámbitos de la ética política y, especialmente, de la ética jurídica (cuarta tesis). Von der Pfordten ve la razón de ello en el significado “formador de comunidad” de las normas sociomorales y jurídicas. Desde este punto de vista están justificados no sólo los cinturones de seguridad y los cascos obligatorios, sino también la prohibición estricta de poner fin a la vida de otro a petición suya (eutanasia activa).

5) En su contribución Frank Saliger aborda la cuestión de hasta qué punto se puede alcanzar un equilibrio entre la autodeterminación, por un lado, y la protección paternalista de la vida, por otro, mediante normas de procedimiento, basándose en un debate jurídico-político actual sobre los límites legales del suicidio asistido. En el trasfondo se encuentra un delito de “promoción empresarial del suicidio” (§ 217 dStGB) introducido en el Código Penal por el legislador alemán en 2015, que desde entonces ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal alemán, y cuya anulación ha desencadenado un nuevo debate jurídico-político. Partiendo del supuesto (en ese entonces todavía hipotético) de la inconstitucionalidad de la disposición, el artículo analiza los proyectos de ley presentados hasta ese momento y desarrolla sobre esa base un modelo propio que apuesta principalmente por el concepto de un “paternalismo procesal” que no debe ubicarse en el Derecho penal, sino en el Derecho civil.

Como explica Saliger, las condiciones procesales de la eutanasia permitida se valoran principalmente en función de los requisitos materiales de una protección equilibrada de los derechos fundamentales de la persona dispuesta a suicidarse. Además de la libre responsabilidad de la decisión de suicidarse, estos requisitos previos incluyen la existencia de una enfermedad grave e incurable con un alto grado de sufrimiento para la persona afectada. Ambas condiciones deben ser confirmadas por un segundo médico. No es necesario que la decisión de suicidarse se haya tomado sobre la base de una “reflexión madura”, además del requisito

de la libre responsabilidad. La introducción de tal requisito previo entrañaría el riesgo de un paternalismo ilegítimo de la persona afectada.

6) En su contribución Andreas von Hirsch aborda dos problemas que se discuten con referencia a la constelación del paternalismo directo (en el que las intervenciones o sanciones se dirigen contra la propia persona a proteger). La primera cuestión se refiere al problema de la permisibilidad de las intervenciones paternalistas en general, la segunda al problema específico de las prohibiciones paternalistas del Derecho penal.

A la primera cuestión se responde de forma diferenciada, teniendo en cuenta las posiciones de John Kleinig, por un lado, y de Gerald Dworkin, por otro. Es cierto que el principio de autodeterminación individual (autonomía) excluye fundamentalmente las intervenciones paternalistas contra personas que actúan de forma libremente responsable. Esto se aplica generalmente incluso si la intervención se realiza para tener en cuenta los objetivos a más largo plazo definidos por la propia persona. Sin embargo, en determinadas condiciones las medidas paternalistas a corto plazo podrían estar justificadas. En este caso, por ejemplo, podría tener importancia la gravedad del perjuicio amenazado, en particular su irreversibilidad.

Von Hirsch niega la legitimidad de las prohibiciones paternalistas en Derecho penal (segunda cuestión) con el argumento de que la pena tiene una función censora, pero que la autolesión no puede constituir un ilícito censurable. Sin embargo, por lo que respecta a normas paternalistas, como la obligación de usar el casco o el cinturón de seguridad, podría argumentarse que las sanciones previstas no tienen el carácter de una pena. Esto sería al menos evidente para el ordenamiento jurídico alemán, en el que las infracciones correspondientes no están asignadas al Derecho penal, sino al Derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la persuasión de este argumento tendría que examinarse en estudios posteriores.

7) En su contribución Ulfrid Neumann aborda cuestiones básicas sobre la legitimidad de las disposiciones penales paternalistas utilizando el ejemplo del delito de “homicidio a petición” en el Derecho penal alemán