

CAPÍTULO TERCERO
EN BUSCA DE UNA JUSTIFICACIÓN LIBERAL
DEL PATERNALISMO

I. ¿Qué debemos entender por paternalismo?	83
II. <i>Lochner vs. Nueva York</i> , U.S. 45, 198 (1905) . . .	90
III. <i>Employment Division vs. Smith</i> , 494 U.S. 872 (1990)	95
IV. Los límites a las necesidades vitales	98

CAPÍTULO TERCERO
EN BUSCA DE UNA JUSTIFICACIÓN LIBERAL
DEL PATERNALISMO

I. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR PATERNALISMO?

De acuerdo con el postulado presentado por Carlos Nino en *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, el principio de la autonomía personal prohíbe intentar interferir en la libertad de los demás para escoger y alcanzar un determinado ideal de excelencia humana.⁹³ Nino sostuvo que la autonomía personal sólo puede ser ignorada cuando su ejercicio disminuye la autonomía personal de otro individuo o bien cuando el individuo afectado ha consentido en que su autonomía sea restringida.⁹⁴

El paternalismo, de acuerdo con las ideas de Nino, es un tipo de actividad gubernamental dirigida a ayudar a todas las personas a alcanzar sus proyectos personales. De este modo, los métodos paternalistas son en realidad instrumentos sociales dirigidos a ayudar a las personas a ejercer su autonomía.⁹⁵

⁹³ La postura de Nino tiene una larga tradición liberal. En una línea celebre, John Stuart Mill ya había señalado la importancia del respeto a la individualidad: “la individualidad es lo mismo que el desarrollo y es sólo el cultivo de la individualidad lo que produce o puede producir seres humanos bien desarrollados”. Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota, 8, p. 128.

⁹⁴ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 13, p. 413.

⁹⁵ El paternalismo puede entenderse en consonancia con el principio de libertad jurídica, puesto que, de acuerdo con Jürgen Habermas ese principio garantiza los espacios de acción negativamente delimitados para la persecución de los propios intereses de cada cual; pero a la vez posibilita una configuración autónoma de la existencia en el sentido ético de persecución de un proyecto de

El paternalismo toma su nombre de la relación entre los padres y los hijos. La idea es que, al menos durante algún tiempo, los seres humanos están sometidos a la guía de los padres. El objetivo de la guía paterna es la de proteger a los niños, ayudarlos en su crecimiento. La paternidad es básicamente, desde esta perspectiva, una labor de entrenamiento.

Sin embargo, este trabajo no es siempre fácil. En muchas ocasiones, la paternidad se convierte en una tiranía. Las medidas paternalistas gubernamentales corren el mismo riesgo. Un gobierno paternalista debe ser lo suficientemente sabio como para suspender, en cualquier momento, la orientación existencial que da a los ciudadanos. Ahora bien, la idea es que una vez que una persona es capaz de tomar sus propias decisiones, incluso si lo hace en una manera que resulte dañino para ella, la interferencia gubernamental en su vida privada y en los procesos que internamente esa persona sigue para tomar decisiones, debe desaparecer.

Aquí, el punto fundamental no es el reconocimiento de la existencia de una etapa particular en la vida de cada persona, durante la cual nadie es lo suficientemente capaz como para tomar decisiones responsables. El argumento central del paternalismo es que el individuo libre debe ser protegido para que no malgaste su vida sin saber que existe toda una gama de vidas posibles a su alcance.⁹⁶ En otras palabras, muy pocas actividades paternalistas

vida racionalmente elegido que sea expresión de la “autonomía”, de la “auto-responsabilidad” y del “libre desarrollo” de la personalidad. Véase Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 87, p. 481.

⁹⁶ Mill no compartía este argumento. El filósofo londinense señaló: “Si los adultos merecen ser castigados por no tomar las medidas de cuidado adecuadas para su persona, preferiría más que fuera por su propio bien que por la pretensión de evitarles que desgasten sus capacidades o por la de otorgar a la sociedad beneficios sobre los cuales la sociedad no pretende tener derechos”. Véase Mill, John, Stuart, *op. cit.*, nota 8, p. 149. En mi opinión, el argumento general de Mill respecto a la intervención pública en la vida privada no cuaja del todo. Esto es así porque en Mill no existe un entendimiento claro acerca de la objetividad moral.

gubernamentales pueden aceptarse.⁹⁷ La educación básica, por ejemplo, constituye una política paternalista en sí misma. La vacunación obligatoria orientada a prevenir daños a terceros, es otro ejemplo.

Sea como sea, lo cierto es que los principales ejemplos de una intervención paternalista en la vida de un individuo, afectan comúnmente a los jóvenes. Me he referido al ejemplo de las campañas de vacunación obligatoria para los niños. Es claro que un niño sano, al convertirse en adulto, podrá escoger con mayor facilidad el tipo de vida que tendrá.

Sin embargo, en ocasiones una intervención paternalista puede también usarse para prevenir que algunos adultos tomen decisiones perjudiciales y dañinas. En este sentido, cualquier acción gubernamental dirigida a adultos comunes y corrientes, debe realizarse en una forma cuidadosa que prevenga que la misma se convierta en una medida perfeccionista. Siguiendo las ideas de Nino,⁹⁸ me parece que la única manera en la cual pueden aplicarse medidas paternalistas a un adulto capaz de decidir por sí mismo, es dejando a esa persona un amplio margen de maniobra para ejercer su libertad. Un ejemplo de este tipo de medidas lo constituyen las advertencias sanitarias que se colocan en los empaques de las cajetillas de cigarros. Dichas advertencias están justificadas porque no representan una interferencia severa en una forma de actuar particular que ha sido elegida por un adulto. La advertencia general a la que se enfrentan los adultos fumadores, representa información acerca de hechos empíricamente verificables que se relacionan con la conducta elegida por esas personas. Estos hechos se hacen públicos con la única finalidad de

⁹⁷ Una característica interesante de las medidas paternalistas gubernamentales es su fuerza. Tal como sucede con el caso de las necesidades vitales, siempre que una medida paternalista es aceptada como válida, rara vez es eliminada.

⁹⁸ Nino consideró que existen formas en las cuales la intervención paternalista y el principio de autonomía son compatibles siempre y cuando aquel no disminuya la selección de estilos de vida hecha en libertad.

recordar a los fumadores que existen otras formas de actuar, otras alternativas de acción. En este sentido, la información presentada no representa prohibición o amenaza alguna. Por ello, este es un típico ejemplo de una medida paternalista dirigida a adultos ordinarios: simplemente propone nuevos cursos de acción y la decisión de aceptarlos o no corresponde, siempre, al individuo.

Es difícil oponerse a la interferencia paternalista que se vislumbra en los casos a los que me referí en la última sección del capítulo dos. Es innegable que, por ejemplo, el establecimiento de un máximo de horas laborables es en sí mismo algo que está en los mejores intereses de cualquier trabajador. El establecimiento de ese régimen laboral no representa una interferencia injusta en contra de la autonomía personal. Es cierto que la jornada obligatoria de trabajo representa una intervención en la autonomía personal de un empleador. Sin embargo, tal interferencia estará justificada siempre que:

1. Respetar la autonomía de un empleador signifique una disminución en la autonomía del trabajador.
2. La disminución de la autonomía personal del empleador haya sido consentida por él mismo.

Es cierto que un trabajador puede dar su consentimiento para trabajar más horas que las establecidas por la ley. Sin embargo, una aproximación paternalista sugeriría que una interferencia justificada debe permitirse siempre que un trabajador no pueda entender lo que está en su interés. Si un trabajador, sin afectar a terceros, trabaja horas extra aún sabiendo que hacerlo no está en su interés, tal parecería que nadie podría interferir con su decisión. Sin embargo, una interferencia paternalista puede justificarse porque de otra manera podría configurarse una protección inequitativa a favor de la autonomía del empleador.

Carlos Nino criticó al paternalismo en lo general. Su argumento central fue que en pocos casos, como la impartición de

educación básica o la afiliación sindical obligatoria, ese tipo de interferencia podía justificarse. Nino creía que el paternalismo —al igual que el perfeccionismo— está basado en algunas nociones acerca de lo que debe considerarse una buena vida y acerca de las maneras cómo esa vida debe vivirse.⁹⁹

Nino consideró realmente difícil el establecer límites entre la protección individual y la interferencia perfeccionista. Sostuvo que la libertad para perseguir preferencias personales es una característica fundamental de la autonomía personal. Le preocupó la posibilidad de que el principio de autonomía personal, fuera trasgredido en nombre de la búsqueda de supuestos intereses verdaderos no reconocidos como tales por un individuo. Para él, el fundamento de la libertad para elegir y para satisfacer preferencias personales descansaba en creencias y deseos subjetivos.

No estoy de acuerdo con la concepción de los intereses humanos de Carlos Nino. Me parece que reconocer ciertos intereses verdaderos, no implica necesariamente una violación al principio de autonomía personal. De hecho, el reconocer esos intereses puede ser muy útil para la realización de cualquier persona. En lo que sigue intentaré explicar esta creencia.

Como hemos visto, la diferencia entre las necesidades y las creaciones mentales, es puramente lingüística. Asimismo, hemos visto como esa diferencia puede extenderse con el fin de establecer una distinción entre las diferentes creaciones mentales. De esta manera, decir que “*x* está en el interés de *y*” es diferente a decir que “*y* está interesada en *x*”. Nino pensó que el espectro de los intereses humanos está limitado a aquellos que pueden determinarse de forma objetiva. A esto es necesario agregar algo: a

⁹⁹ Nino agrega que “sería conveniente que algunos bienes básicos a los cuales los individuos tienen un derecho básico —como el caso de la atención médica— queden fuera del mercado, en nombre de la intensa preferencia que existe sobre ellos. Esta preferencia es un elemento fundamental en casi cualquier plan de vida y, por lo mismo, es casi universal: este es el aspecto más interesante detrás de la idea de necesidades humanas”. Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 13, p. 51.

pesar de que, en ocasiones, los intereses humanos no son un producto mental, de esto no se sigue que los intereses reconocidos por uno, no puedan ser objetivos.

A veces, una persona no puede reconocer algo que está en su interés como importante. Sin embargo, esto no significa que tal desconocimiento sea una constante que se presenta en cada caso. El paternalismo ayuda a las personas a reconocer las cosas que están en *su* interés. Sostener esto es diferente a sostener que el paternalismo obliga a las personas a escoger una forma de actuar en particular.

Estoy de acuerdo con el reconocimiento que hizo Nino acerca de que algunos intereses importantes deben ser protegidos por la ley. Sin embargo, si el malentendido entre intereses y deseos personales se presenta desde el principio, no alcanzo a ver las razones que pueden respaldar una declaración protectora de los intereses vitales. Sólo los intereses más importantes son realmente objetivos. Por esta razón constituyen razones muy poderosas para crear derechos y para descartar cualquier intención justificadora de los deseos y las preferencias personales.

Más aun, la protección legal de intereses importantes cabe perfectamente dentro de una sociedad liberal en la cual el principio de autonomía personal sea respetado. Propongo un ejemplo que siempre generará controversia: la prohibición legal al consumo de drogas.¹⁰⁰

Diferentes argumentos han sido desarrollados con el fin de respaldar la prohibición de poseer drogas para el consumo personal. Trataré de presentar un argumento paternalista de acuerdo con el cual, en ocasiones la prohibición puede dejar de ser respaldada.

El consumo personal de drogas es, básicamente, un hábito. Puede considerarse de hecho, como una forma de vida. Es cierto

¹⁰⁰ El consumo de drogas es algo que sigo sin comprender. No lo respaldo porque no encuentro razones para hacerlo. Sin embargo, me parece que un texto académico es el mejor lugar para reflexionar en público respecto de los temas que involucran nuestras convicciones más sólidas.

que entre las personas que consumen drogas en forma habitual, existen algunos —los casos más graves— que pueden considerarse incapaces para decir lo que más les conviene. Sin embargo, entre los consumidores de drogas, existen algunos individuos que, a pesar de tener hábitos difíciles de modificar, son lo suficientemente capaces como para decidir por ellos mismos. Por lo regular, la discusión se centra en definir hasta dónde llega el derecho de los individuos que conscientemente consumen droga para hacer lo que quieran con su cuerpo. En mi opinión el debate así enfocado es estéril.

El tono y la aproximación de un nuevo debate acerca de la prohibición al consumo de drogas, puede iniciarse trayendo la discusión al campo del paternalismo. Desde una aproximación paternalista, lo importante no sería tanto otorgar un derecho a los consumidores conscientes de droga, como proteger a aquellos incapaces de decidir por ellos mismos, con el fin de ofrecerles el espectro más amplio de alternativas de acción.

Es obvio que el fundamento de una postura como la anterior, sería restringir el libre acceso a las drogas para aquellos que son incapaces de decidir por sí mismos acerca del rumbo que debe seguir su vida. Una restricción así implica, por supuesto, imponer penas tanto a los consumidores como a los negociantes. En este caso, la aplicación judicial de penas a los involucrados en la venta y la compra de drogas para niños, adolescentes o incluso para quienes hayan perdido su capacidad legal, está claramente justificada.

Una vez que una persona ha tenido tiempo suficiente para pensar acerca de las consecuencias derivadas del consumo de drogas y para comparar la vida de un adicto a la vida de una persona que no consume drogas, dicha persona debe ser dejada sola para tomar las decisiones que considere, desde su propio punto de vista, apropiadas para ella. En mi opinión, sólo en un caso así, los méritos de la prohibición al consumo de drogas podrían discutirse.

Me parece que al establecer este tipo de medidas, tanto los intereses individuales como las necesidades básicas de una persona

están protegidas. Asimismo, los deseos personales de los afectados estarían contemplados. Existe un juicio social inevitable acerca de la conducta de los adictos, pero esto no me parece relevante en los términos de mi discusión. En mi opinión, el esfuerzo dirigido a proteger a toda persona de las malas decisiones que ella misma puede tomar, debe partir del reconocimiento de que el no tomar malas decisiones no es una obligación que puede imponerse a todos. Por el contrario, debemos pensar que al ampliar el espectro de alternativas de acción y estilos de vida para cada individuo, protegemos el interés de todos a que el principio de autonomía personal sea respetado.

En la última parte de este trabajo, exploraré dos decisiones tomadas por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, que pueden ayudarnos a distinguir el paternalismo benigno de un paternalismo perjudicial. Ambas decisiones son un ejemplo de la forma en la cual un órgano jurisdiccional puede interferir en la vida de las personas. Por una parte, basta decir que la primera resolución ha sido comúnmente criticada como una decisión injusta. Por el otro, me parece que, con base en un análisis paternalista, la segunda debe rechazarse.

II. LOCHNER *VS.* NUEVA YORK, U.S. 45, 198 (1905)

Desde mi punto de vista, este caso es un ejemplo de como las necesidades de una persona pueden ser completamente ignoradas. La Corte presentó un argumento que en realidad funciona como un repelente para la interferencia paternalista gubernamental en una relación contractual entre particulares.

Lochner fue acusado de violar un estatuto del estado de Nueva York, que prohibía a los patrones obligar a los panaderos a trabajar más de sesenta horas por semana. La Corte estableció su criterio en los siguientes términos:

El Estatuto interfiere necesariamente con el derecho a la libre contratación que existe entre el patrón y los trabajadores... El derecho general a contratar para realizar los fines de un negocio es

parte de la libertad individual protegida por la enmienda XIV de la Constitución Federal (*Allgeyer vs. Louisiana*, 165 U.S. 578). Bajo esa decisión, ningún Estado puede privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad sin respetar el debido proceso legal. El derecho a comprar o vender la fuerza laboral es parte de la libertad protegida por esa enmienda, a menos que existan circunstancias que excluyan tal derecho.

El conflicto entre paternalismo y la autonomía personal fue claramente establecido por la Corte. La mayoría consideró que para resolver si la enmienda XIV era aplicable o no, era preciso determinar un asunto previo: ¿Es este un ejemplo del ejercicio justo, razonable y apropiado de la fuerza policial del Estado, o es más bien un ejemplo de la interferencia no razonable, innecesaria y arbitraria en los derechos que garantizan la libertad del individuo y su capacidad para realizar los contratos laborales que le parezcan apropiados con otros o que le sean necesarios para mantenerse a sí mismo y a su familia?

La respuesta de la Corte a esa pregunta fue bastante clara: “no existe un fundamento razonable para interferir en la libertad de las personas o en sus derechos a la libre contratación mediante la determinación de las horas de trabajo para los panaderos”.

De acuerdo con el razonamiento de la Corte, los panaderos son tan inteligentes y capaces como cualquier otra persona y, por eso mismo, pueden “saber cuales son sus derechos y exigir el respeto a los mismos sin la necesidad de que el brazo protector del Estado interfiera con su independencia para actuar y juzgar sus actos. Ellos no tienen porque ser considerados como individuos incapaces tutelados por el Estado”.

La conclusión de la Corte en este caso me parece tan facilona como el razonamiento que la sustenta. Los jueces de la mayoría, establecieron el criterio de revisión al escribir lo siguiente:

Nos parece que el objeto y el propósito es el de regular las horas de trabajo entre el patrón y sus trabajadores (los cuales todos son personas capaces bajo la ley), en una relación de negocios priva-

da, la cual no representa peligro alguno para la moral, ni para la salud de los empleados. Bajo esas circunstancias, la libertad del patrón y del trabajador para celebrar un contrato laboral y para establecer los límites del mismo, no debe ser prohibida u obstaculizada. Hacerlo representaría una violación a la Constitución Federal.

La decisión de *Lochner* puede ser criticada desde distintos puntos de vista.¹⁰¹ Sin embargo, la crítica puede ser muy poderosa si se endereza desde una perspectiva paternalista.

En mi opinión, la principal confusión en la que incurre la Corte en *Lochner*, se funda en la errónea identificación que hace entre los conceptos de interferencia gubernamental y los intereses públicos. Tal como hemos visto anteriormente, existen muchos intereses privados que tienen que ser protegidos por una interferencia gubernamental directa. Me parece que en este caso nos enfrentamos a uno de esos intereses.

Al criticar a *Lochner* desde la perspectiva paternalista, enfrentamos un claro problema: ¿cómo puede obtenerse una conclusión igualitaria a partir de premisas no igualitarias? En otras palabras: ¿es verdad que un panadero tiene la misma capacidad jurídica que cualquier otra persona para decidir lo que quiere hacer con su vida laboral? Estoy de acuerdo en que el panadero, tal como cualquier otra persona, está protegido por el principio de autonomía personal. Sin embargo, nadie puede negar que los panaderos no tienen la misma libertad que los patrones al sentarse a negociar los términos de un contrato laboral.

Me parece claro que las consideraciones hechas a las especificaciones establecidas en cualquier contrato, dependen básicamente del punto de vista del que está dispuesto a analizarlas o a

¹⁰¹ Una de las más famosas críticas a la decisión fue elaborada por el juez Oliver Wendell Holmes en su voto particular. Para consultar el voto particular y un análisis muy inteligente del mismo desde una perspectiva retórica y jurídica, véase Posner, Richard, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, pp. 266-272.

establecerlas. Así, no es lo mismo estar sentado en la silla del director general de una empresa que gana 200 mil al año, que estar sentado nueve horas ensamblando llantas de automóviles en una armadora cualquiera, ganando una centésima parte de ese salario. La diferencia es lo suficientemente nítida, como para reconocer que la posición y el punto de vista de los empleados son completamente distintos al que tiene el patrón y como para concluir que cualquier pacto entre ellos no es un pacto hecho entre iguales.

Parece que la Corte no consideró que debido a que cualquier panadero puede encontrarse en una posición desventajosa al compararse con el patrón, existe una inclinación de arranque que orienta a aquel a aceptar un cambio en el horario de trabajo. En *Lochner* el contrato no se celebró entre individuos que tenían exactamente la misma libertad de elección. Es posible pensar que la posición desventajosa de los panaderos les impuso casi una obligación para firmar los contratos. Este no fue, como ha sucedido en otros casos similares, un acto de ejercicio de la libertad a elegir.

En su voto minoritario el juez Holmes consideró que “una Constitución no está hecha para encarnar una teoría económica en particular, sea esta una que englobe una posición paternalista y la relación orgánica entre el ciudadano y el Estado, sea una inspirada en el *Laissez Faire*. La Constitución está hecha para enmarcar los diferentes puntos de vista que tienen las personas, por lo que el accidente de encontrar ciertas opiniones naturales y familiares y otras novedosas o incluso chocantes no debe afectar los juicios acerca de si la legislación que comprende dichas opiniones está en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos. El voto minoritario no sólo respalda la idea de que el Estatuto neoyorkino fue promulgado con el fin de proteger la salud de los panaderos. El voto minoritario va más allá, pues considera a la regulación combatida “la primera entrega de una regulación general de las horas de trabajo”. Sin embargo, de acuerdo con el mismo voto, la defensa del estatuto mediante el uso de argumentos igualitarios, es también algo completamente innecesario.

En mi opinión, una aproximación al caso que parta de la necesidad de proteger al trabajador, debe iniciar precisamente de los antecedentes igualitarios que el juez Holmes rechazó. Me parece también que un argumento a favor del paternalismo gubernamental, puede nutrirse a partir de premisas igualitarias. El paternalismo gubernamental debe considerarse como un mecanismo establecido para arreglar diferencias injustas entre las personas.

En contra del reclamo fundamental del juez Holmes, me parece que la Constitución de los Estados Unidos establece una igualdad formal que sólo puede concretarse por medio de acciones gubernamentales. No es posible pensar que la ley puede ser aplicada en forma igualitaria a personas de carne y hueso entre las que existen disparidades notables.

En México existe el derecho a realizar contratos colectivos en materia laboral. Este derecho está orientado a otorgar a los trabajadores, que pueden entrar en relaciones contractuales desiguales, una protección especial. Este tipo de legislación es una especie de acción afirmativa dirigida a igualar la fuerza de los trabajadores con las de los patrones. Cabe señalar que, a pesar de que este tipo de medidas en muchas ocasiones ha pecado de futilidad, en otras las condiciones para los trabajadores han sido considerablemente mejoradas.

Algunas personas pueden argumentar en contra del reconocimiento de derechos especiales a favor de los trabajadores diciendo que debe estar en manos de ellos, y de nadie más, decidir si quieren trabajar más horas y así llevar más dinero a sus casas o no. Desde un punto de vista moral, es posible responder este tipo de argumento diciendo que, siempre que se enfrente a urgencia económica, un trabajador no ejerce del todo su libertad a elegir, por lo cual su autonomía personal puede considerarse violentada.

En mi opinión, no es posible disentir del hecho de que en una sociedad liberal, las actividades obligatorias bien pueden no estar en los mejores intereses de una persona. En el caso que hemos venido estudiando, los trabajadores están obligados a firmar el contrato laboral porque les es imposible elegir; en otras pala-

bras, a veces las alternativas de los trabajadores están, por decir lo menos, limitadas. Debe recordarse que el paternalismo busca ayudar a los individuos ofreciéndoles un amplio espectro de alternativas para actuar. En este sentido, el paternalismo no está en contra de la autonomía personal, sino que busca multiplicar las opciones personales que un individuo puede escoger.

Para reforzar el argumento anterior, podemos preguntarnos: ¿cuál es la relación que existe entre el salario mínimo diario y los intereses individuales? Me parece que, de nuevo, este tipo de medidas legales están dirigidas a igualar a las partes de una relación contractual que son desiguales entre sí. El argumento central detrás de este tipo de “interferencia gubernamental”, es uno que se hace cargo de una desigualdad inherente a la relación.¹⁰²

Es verdad que un reclamo básico detrás de la organización de una sociedad liberal, consiste en que nadie puede ser forzado a tener las mismas preferencias que otros. Sin embargo, una sociedad liberal que se funda en el principio de autonomía personal, también busca garantizar a cada persona la misma oportunidad para crear sus preferencias personales.

La idea fundamental es que, para que la igualdad de oportunidades sea una práctica y deje de ser solo un discurso, se requiere que algunas personas reciban una ayuda especial antes de iniciar el proceso de formación de preferencias.

III. EMPLOYMENT DIVISION *VS.* SMITH, 494 U.S. 872 (1990)

En este caso, Smith y Black fueron despedidos por una organización privada de rehabilitación para drogadictos porque usaron peyote, un alucinógeno, en una ceremonia celebrada

¹⁰² En mi opinión, esto hace más evidente aún el hecho de que las medidas compensatorias van más allá de lo estrictamente procesal y adquieren sentido al considerar a las personas como individuos, no como miembros de una clase. *Cfr.* capítulo segundo, 3, *supra*.

por la Iglesia de los Nativos-Americanos. Las solicitudes que presentaron para obtener una compensación por desempleo, les fueron negadas al aplicárseles una ley estatal que descalificaba a las personas que hubieran perdido el empleo por mala conducta. La Corte de Óregon sostuvo que el estatuto criminal les era aplicable.

De acuerdo con la decisión de la mayoría de la Suprema Corte, escrita en parte por el juez Scalia, ese tribunal “nunca ha sostenido que las creencias religiosas de un individuo lo excusen de cumplir con las disposiciones válidas de una ley que prohíbe ciertas conductas libremente reguladas por el Estado”.

La mayoría no quiso aplicar un criterio de revisión de acuerdo con el cual, las acciones que establecen cargas graves a alguna práctica religiosa deben justificarse por un sólido interés gubernamental. El argumento fundamental de Scalia fue que

hacer que la obligación que tiene un individuo para obedecer una ley semejante (a la ley penal que prohíbe el consumo del peyote) dependa de las creencias religiosas de ese individuo, con excepción de aquellas ocasiones en las que el interés del Estado sea muy sólido —permitiéndole así convertirse en una ley en sí mismo—, contradice tanto la tradición constitucional como el sentido común.

En razón de que no soy un experto en derecho constitucional norteamericano, no puedo afirmar si la conducta castigada viola la Constitución de los Estados Unidos o no. Sin embargo, de lo que si estoy seguro, es que si alguien tiene un problema de sentido común, es el juez Scalia, nadie más.

A lo largo de este trabajo, he argumentado a favor de la relevancia que tienen los intereses y las necesidades vitales en comparación con las preferencias y los deseos personales. Sin embargo, también he reconocido que cualquier medida paternalista establecida por el gobierno, debe estar sujeta a límites claros. Una vez que este límite es traspasado, el paternalismo es reem-

plazado por el perfeccionismo: la concepción de la función del derecho en general y del derecho constitucional en particular que defiende el juez Scalia, es completamente perfeccionista.

No entiendo como en el nombre de la ley, se aplique un castigo a las preferencias personales que son inofensivas para la sociedad. Más aun, no entiendo como una conducta que puede considerarse como en “los mejores intereses de una persona”, pueda ser prohibida por la Corte.

El argumento de la mayoría no demuestra que el consumo de peyote no sea una necesidad vital para los indígenas norteamericanos. Es cierto que, como lo asume el juez Scalia, esta conducta está enraizada en creencias religiosas muy profundas. Me parece que por ello, dicha conducta, en este caso en particular, podría considerarse como un interés vital. En este caso, el enunciado “comer peyote está en el interés vital de ciertos indígenas norteamericanos” es equivalente a decir “x está en el interés vital de y”.

Los gobiernos centralistas pueden no estar de acuerdo con este tipo de intereses, pero esto no significa que los mismos estén vacíos. Más aun, si rituales como esos han sido llevados a cabo de manera inofensiva desde mucho tiempo atrás, no puede verse una explicación racional que avale el temor de la Corte para que un individuo se convierta en “una ley para él mismo”.

Cualquier persona que consume peyote por razones rituales, es una encarnación de lo que, desde el punto de vista de la Corte, debe considerarse como una excepción a las reglas que no puede consentirse bajo la Constitución de los Estados Unidos. Los indígenas norteamericanos están sometidos a las mismas reglas que cualquier otra persona en aquellas materias que pueden considerarse como menos fundamentales para ellos o menos importantes para el interés que orienta ciertas políticas públicas.

Más aun, no hay razón para reprobar el uso de ese alucinógeno por considerarlo como una actividad diferente a otras actividades tradicionales que, aunque son aprobadas socialmente, también tienen un origen religioso. Por ejemplo, el vino que se bebe en la liturgia occidental, tiene exactamente el mismo fundamento

que el uso ceremonial del peyote: es una tradición enraizada en creencias religiosas que no lacera a nadie.

Existe, sin embargo, otro argumento de peso. Nadie puede negar que el consumo ritual del peyote constituye una forma de vida. Consumir peyote es para algunas personas una decisión personal tomada por algunos individuos. Una sociedad liberal no puede oponerse, sin buenas razones, a la decisión tomada por los individuos, pues hacerlo implica una postura perfeccionista.

Debe recordarse que la imposición de una idea particular acerca de “lo bueno” o la imposición de un estilo de vida, es algo completamente ajeno al ideal liberal de autonomía personal.¹⁰³

IV. LOS LÍMITES A LAS NECESIDADES VITALES

Existe una división sutil que separa a los deseos personales de las necesidades vitales personales. Por lo regular, a pesar de que podemos reconocer cuáles son nuestras necesidades, lo cierto es que en muchas ocasiones los seres humanos actuamos siguiendo no lo que está en nuestros intereses sino lo que deseamos o preferimos.

En primera instancia, parecería que existe una oposición entre la prohibición a interferir en las preferencias de las personas establecida por el ideal liberal de autonomía personal y cualquier medida gubernamental paternalista. La idea de que la libertad sea coartada en nombre de los intereses públicos ha preocupado

¹⁰³ De hecho, Smith dio lugar a la promulgación de una ley en 1993, denominada Religious Freedom Restoration Act, por la cual se exigió que la obstrucción al ejercicio de la libertad religiosa por razones de interés gubernamental, debía, al menos, estar claramente fundada en el peso e importancia de dicho interés. Para una discusión interesante que involucra este caso ver Farber, Daniel (*et al.*), *1995 Supplement to Cases and Materials on Constitutional Law. Themes for the Constitution's Third Century*, American Casebook Series, St. Paul, West Publishing Co., 1995, pp. 150-152.

a los pensadores liberales.¹⁰⁴ Sin embargo, lo que es cierto, es que un conflicto como ese puede eludirse si la interferencia gubernamental es acotada. En otras palabras, los reclamos orientados a la satisfacción de necesidades vitales pueden presentarse como razones poderosas para crear derechos, pero su uso en esa dirección no debe obedecer los deseos de alguien que quiere crear un derecho, mucho menos si el que desea crear el derecho es responsable de instrumentar políticas públicas.

El hecho de que las razones más convincentes sean derrotables, puede ayudar a entender que aunque las razones más poderosas crean derechos legales de amplia validez, no es posible hablar de que existan derechos invencibles.

Un sistema de derechos que reconozca las necesidades humanas me parece justo, por decir lo menos. En un sistema así, los derechos se establecen a partir de determinar si son o no razonables. En el establecimiento de derechos fundados en necesidades no hay otro argumento que valga.

Asimismo, es importante notar que el sistema de derechos fundado en los reclamos de necesidad, puede ayudarnos a superar muchos de los problemas que por lo regular afectan al orden legal. Por ejemplo, siempre que una persona respalda el reclamo de satisfacción de una necesidad con razones poderosas, esa misma persona, por esas mismas razones, puede bien poner en duda ideas muy arraigadas y, al hacerlo, poner incluso en duda la moralidad dominante en una sociedad.

Siempre que sea posible encontrar razones convincentes para aceptar que la insatisfacción de la necesidad vital de alguien es debida a causas sociales o a razones colectivas, los reclamos de necesidad pueden incluso presentarse desde un punto de vista liberal como un arma de justicia social.

¹⁰⁴ Mill lo advertía de esta manera: “existen en nuestros días... opiniones que aseguran un derecho ilimitado a favor del público no sólo para prohibir en la ley todo lo que el mismo considere mal, sino además, y con el fin de determinar lo que es malo, para prohibir varias cosas que el público considera inocentes”. Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 8, p. 156.

Esta me parece una característica sobresaliente de un sistema de derechos abierto al debate de la razonabilidad. Así, los fundamentos que explican el origen y permanencia de cada institución social, incluso aquellas que parecen más importantes e intocables, deben estar bajo permanente escrutinio, siempre bajo revisión.

Es posible que a estas alturas todavía haya alguna confusión acerca de la manera en la cual los derechos, fundados en reclamos de necesidad humana, pueden justificarse desde un punto de vista liberal. Espero que una anotación final respecto a esto, pueda ayudar más a la lectura de este trabajo.

Regresemos al ejemplo que nos ofrece la relación entre padres e hijos. Nadie puede negar que es la obligación de un padre proveer a sus hijos de todo lo que sea necesario para ayudarlos a establecer sus preferencias, por una parte, y para ayudarlos a realizarlas, por la otra. Nadie podría negar que una persona más preocupada porque sus hijos sigan un determinado estilo de vida que porque formen sus propias preferencias, es más un general que un padre.

Con respecto a esto, existe un argumento de Joel Feinberg para defender la existencia de los derechos humanos en contra de la crítica escéptica que me parece pertinente.

En el centro de la idea que inspira a los derechos humanos, subyace una concepción de la sociedad en la cual los derechos y los deberes se miden de acuerdo con la capacidad que todo ser humano tiene para ser eso, un ser humano. Así, la idea es que cualquier persona puede exigir que sus derechos humanos sean respetados al menos en ciertos aspectos mínimos. De acuerdo con Feinberg, los seres humanos comparten una calidad en común: “el merecimiento humano”.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Feinberg, Joel, *op. cit.*, nota 10, p. 89. Feinberg desarrolla la noción del merecimiento humano igualitario, elaborada por Gregory Vlastos, de la siguiente manera: “la doctrina de la universalidad de los derechos humanos, presupone un concepto de *merecimiento* humano que es igualitario y universal y

Feinberg agrega que la paternidad nos brinda el mejor ejemplo posible de la forma en la cual esta cualidad común a las personas puede reconocerse.¹⁰⁶ El argumento va en el sentido de que cualquier padre siente el mismo amor por todos sus hijos, independientemente de los méritos de cada uno de ellos. De acuerdo con Feinberg, es necesario apelar a un sentimiento similar con el fin de justificar la existencia de los derechos humanos.

Feinberg va más allá y agrega que tanto el respeto como el reconocimiento del “merecimiento humano” se parecen a cualquier tipo de amor. Siempre que una persona siente amor por otra, aquella no toma en cuenta los méritos de esta.¹⁰⁷

La mejor justificación posible para defender la idea de los derechos humanos en contra del reto escéptico, nos es dada por la identificación del origen de esos derechos con el amor que un padre siente por sus hijos. Tal como lo he señalado, por lo regular un padre siente exactamente el mismo amor por todos sus hijos, independientemente de las cualidades personales que distingan a cada uno de ellos. Así, preocuparse por los derechos humanos, significa considerar a cada vida en particular como digna de ser vivida, sin importar las diferencias individuales entre cada una de ellas.

Como Feinberg lo ha notado, el problema radica en justificar el llamado “merecimiento humano”. Con el fin de realizar la cla-

que debe distinguirse completamente de la idea de los *méritos* humanos. Estamos acostumbrados a establecer una gradación entre las personas de acuerdo con los talentos, capacidades, carácter, personalidad y otras características que nos permitan hacer una evaluación de cada uno, pero con respecto al “merecimiento humano” (por definición), todas las personas deben ser consideradas como teniendo el mismo grado. En realidad, “el merecimiento humano” no es un concepto que pueda sujetarse a gradación. Es precisamente por esto que puede distinguirse de cualquier tipo de mérito, incluyendo, por supuesto, el mérito moral respecto del cual existen claras diferencias entre las personas”.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Puede decirse que en la opinión de Feinberg, el amor significa entender a la persona como individuo, no como un poseedor sacrificable de cualidades meritocráticas.

sificación requerida, el filósofo considera que la racionalidad humana es el mejor instrumento a nuestro alcance para igualar a los individuos. Cada persona es —al menos en el grado más elemental— un ser racional. La mínima racionalidad humana le permite al individuo tener una visión personal de cómo es y de cómo debe ser el mundo. Por lo tanto, cualquier ser humano es capaz de pensar acerca de la vida que le gustaría vivir y de la que no le gustaría vivir.

Sin embargo, esta clase de justificación no es suficiente. La razón estriba en que aunque existen algunas personas que han perdido la capacidad racional, de cualquier manera deben respetarse como seres humanos.

De acuerdo con Feinberg, debemos concluir que la justificación final acerca de la existencia de los derechos humanos, si es que existe alguna, no es racional. Tal como el nos lo recuerda, nos brinda un ejemplo claro. El amor igualitario que un padre siente por sus hijos, bien puede entenderse como un comportamiento que no es racional.

Joel Feinberg propone que su argumento en respaldo de los derechos humanos, puede también fortalecerse mediante la utilización del argumento de Bernard Williams respecto a la idea de igualdad. Éste consideró que podemos tener ciertas opiniones morales acerca de otros a partir de la belleza, simpatía o estilo de vida que los caractericen. Sin embargo, un criterio tan estrecho como este, puede contrastarse con el “punto de vista humano” que se refiere a las cosas que explican tanto el concepto acerca de la vida que cada persona tiene, como a las acciones que cada persona debe realizar con el fin de alcanzar sus objetivos vitales.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Williams, Bernard “The Idea of Equality”, en Laslett and Runciman (ed.) *Philosophy, Politics and Society*, Nueva York, Barnes and Noble, Inc.; 1962, p. 116: “Por supuesto que existe una distinción entre revisar la vida de un hombre, sus acciones o su personalidad desde un punto de vista estético o técnico y hacerlo desde un punto de vista de acuerdo al cual lo que importa es lo que *para el individuo* significa vivir esa vida y realizar las acciones pertinentes en ese carácter”.

Con base en la idea del “punto de vista humano” de Bernard Williams, Feinberg considera que, siempre que hacemos algún juicio moral con respecto a una persona, debemos tomar en cuenta la perspectiva que del mundo tiene ese individuo. Williams consideró que debíamos ponernos en los zapatos de cada agente moral.¹⁰⁹

Con el objetivo de reconocer a cada persona como titular del conjunto de derechos humanos comúnmente reconocidos, es necesario aceptar a cada persona como un agente moral de antemano. Esto significa que cada persona debe ser considerada lo suficientemente capaz, no sólo para formar opiniones morales, sino también como potencialmente capaz de ser responsable de sus propios actos.

Una vez que todos reconozcamos que el resto de las personas pueden ponerse en el lugar de los otros y así ver el mundo desde diferentes perspectivas, la consecuencia será la de obtener un respeto generalizado por el “merecimiento humano”.

Ahora bien, es necesario tener presente que si el “merecimiento humano” no puede ser justificado racionalmente, entonces el mismo no representa una creación racional. Más bien debe considerarse como una actitud de respeto hacia los demás. De hecho, no importa que una actitud así no esté respaldada o justificada por razones finales e invariables. Lo que en realidad importa es concretar en la práctica esa actitud. De esta manera, tanto reconocer los derechos humanos de los demás como exigir el respeto de los mismos, es una especie de asunto procedimental.

De acuerdo con el argumento elaborado con las ideas de Feinberg y Williams, respetar a cada persona significa observar el mundo, entenderlo y juzgar el comportamiento humano desde puntos de vista individuales. Sin embargo, calificar como subje-

¹⁰⁹ Williams agrega: “A cada persona le debemos un esfuerzo de identificación: nadie debe ser considerado como una superficie sobre la que cierta etiqueta habrá de adherirse (belleza, prosperidad, éxito, etcétera); por el contrario, debemos tratar de ver el mundo (incluyendo la etiqueta) desde su punto de vista”. *Ibidem*, p. 117.

tiva esta conclusión no es acertado: la objetividad se funda en una capacidad común entre los seres humanos.

En el centro de la propuesta de Joel Feinberg, es posible encontrar al principio de autonomía personal. Incluso, puede pensarse que el respeto por el “merecimiento” de cada persona, —independientemente de los méritos de cada quien—, es un elemento conformador que sólo puede desarrollarse en una sociedad liberal.

En una sociedad paternalista, es posible encontrar similitudes entre el amor paterno como justificación para la existencia de derechos humanos y la justificación de la interferencia estatal en la vida privada de las personas, dirigida a protegerlas de las debilidades de sus propias voluntades.¹¹⁰ Sin embargo, es todavía bastante difícil encontrar un tipo de justificación racional respecto a la interferencia del Estado en las vidas de las personas.

A pesar de que no encuentro un argumento sólido al respecto, me parece que es más factible explicar la interferencia antes mencionada como una actitud especial hacia los otros, más que como una acción específica justificada por principios eternos.

Quizá sea menos dañino interferir en la vida de otra persona apelando al amor que sentimos por esa persona, que en el nombre de entidades abstractas, eternas e inmutables. En mi opinión, es más fácil explicar la preocupación que sentimos por otros co-

¹¹⁰ En su crítica a la propuesta moral de Hare que se funda en deseos y no intereses vitales, Thomas Nagel ha señalado las dificultades que puede enfrentar esta analogía en los siguientes términos: “Si alguien cree que debe favorecer a sus propios hijos, cree que cualquiera debe hacer lo mismo, y que esto es verdad para todos los casos similares reales o hipotéticos, incluyendo aquéllos en que él ocupa una posición diferente. Pero esto no quiere decir que *desea* que todos deben actuar de este modo en todos los casos. [...] Esta obligación relativa en las relaciones de parentesco sostiene que cada persona tiene una razón para preocuparse por sus hijos, que puede, en casos de conflicto, llevarlo a querer que otros prioricen los intereses de sus hijos tan tenazmente como lo harían si le dieran a esa razón todo su peso. Y el resultado puede ser que lo que uno prescribe universalmente no es lo que uno desea que deba hacerse universalmente”, Nagel, Thomas, *op. cit.*, nota 3, pp. 202 y 203.

mo una actitud amorosa que como una derivación formal de obligaciones derivadas de imperativos morales.

Me interesa ser particularmente claro: este trabajo no está dirigido a construir un argumento defensivo que respalde acciones estatales inspiradas por el amor. Estoy conciente de las complejidades que enfrentaría cualquier intento de explicar la actividad del Estado, como una actividad inspirada por amor. Sin embargo, estoy convencido de que un esfuerzo debe llevarse a cabo en esa dirección.

Prefiero pensar que existen razones detrás de la interferencia paternalista en perjuicio de la vida individual que sean convincentes y sirvan para frenar al escepticismo. Todavía creo en la posibilidad de explicar las acciones de las personas, así como sus derechos y sus deberes, en términos humanos. Sin embargo, creo que explorar este asunto será materia de otro trabajo.