

CORONAVIRUS Y PATERNALISMO (IN)JUSTIFICADO

CORONAVIRUS AND PATERNALISM (UN)JUSTIFIED

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 42-51



Gabriel R.
JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: A partir de un hecho normativo local, en este artículo se argumenta que el paternalismo jurídico puede ser justificado desde el punto de vista ético. Para ello deben cumplirse dos premisas: una empírica, consistente en verificar al menos una situación de incompetencia básica de la persona; y otra ética normativa, que deriva de la finalidad benevolente de la interferencia coactiva, esto es, aquella que favorece la autonomía mediante la superación de una situación de desigualdad.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; paternalismo jurídico; autonomía; igualdad; competencia; Filosofía del derecho.

ABSTRACT: *Based on a local regulation, this article explains that ethics can justify juridical paternalism. To the end that must fulfill two premises: an empirical one, which verifies a person basic incompetence; and a normative ethics as a result of coercive interference based on benevolent purposes, by all means, that encourages autonomy by overcoming an inequality situation.*

KEY WORDS: *Coronavirus; legal paternalism; autonomy; equality; competence; Philosophy of Law.*

1. “Solamente sabemos *qué* está en juego cuando sabemos *que* está en juego.”

La frase textual, incluidas las cursivas, pertenece al filósofo Hans Jonas (*El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995, p. 16). ¿Qué es lo que está en juego en esta pandemia? Y a propósito, ¿qué contribución breve desde la Filosofía del Derecho se puede hacer en plena vorágine textual?

La primera pregunta es perturbadora, como suelen serlo las de índole filosófica, aunque admite una contestación directa. En efecto, no escapa al conocimiento general que en esta pandemia 2020, provocada por un virus nuevo para el ser humano (COVID-19) de contagio fácil y mortalidad elevada en personas mayores o inmunodeprimidas, lo que está en juego es la vida personal y la salud pública. La respuesta a la segunda, en cambio, permite diversas ramificaciones. En esta ocasión, elijo reflexionar sobre un supuesto de paternalismo jurídico injustificado, a partir del contenido normativo de los artículos 2 y 3 de la Resolución Nro.16/MJGGC/2020 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –CABA–.

2. El sistema constitucional-convencional argentino faculta al Estado Nacional a tomar medidas excepcionales de restricción de derechos, ante una situación de emergencia sanitaria y consecuente riesgo social como la que estamos atravesando (art. 75.22 de la Constitución Nacional –CN– y arts. 27, 30 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–). Eso hizo el Poder Ejecutivo Nacional –PEN– mediante el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 297/2020), de fecha 20 de marzo de 2020, al limitar la libertad de transitar o circular de todas las personas. Este derecho fundamental tiene consagración expresa en el ordenamiento jurídico argentino en los artículos 14 y 75.22 CN; 22.1 CADH; 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–; y concordantes del *corpus iuris* internacional.

La finalidad de la restricción es la protección de la vida individual y la salud pública, y se apoya en la opinión médica-sanitaria casi unánime que recomienda el confinamiento de la población. La comunidad científica sostiene que el aislamiento es la medida más idónea para disminuir la cantidad de contagios y la consecuente velocidad de propagación de la enfermedad. Ello justifica la *razón de interés general* declarada, requisito que recuerda la Corte Interamericana de Derechos Humanos

• **Gabriel R. Juan**

Cátedra de Filosofía del derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza, Argentina).
Correo electrónico: gabrieljuan@estudiojuan.com.ar

–Corte IDH– en su Opinión Consultiva del año 1986 (OC 06/1986, punto 18). Cabe agregar, que el *corpus iuris* internacional en materia de DDHH requiere, además, que la restricción esté *limitada en el tiempo* (art. 27.I CADH), y sea estrictamente *necesaria y proporcional* (ver fallo de la Corte IDH, caso Romero Feris vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019). En sentido concordante se expidió recientemente la Oficina de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, con la publicación del documento “Emergency Measures and COVID-19: Guidances”. Según se desprende del DNU 297/2020, como así también de los sucesivos que renuevan la restricción a la libertad de transitar, estos requisitos también estarían cumplidos.

Una situación peculiar se presenta en relación con la exigencia de la instrumentación de la restricción mediante ley (art. 30 CADH y OC 06/1986). Es cierto que tanto el primer DNU como los siguientes se dictaron en uso de facultades constitucionales del PEN (art. 99.3 CN). Sin embargo, este tipo de acto de gobierno de naturaleza legislativa requiere la aprobación posterior del Parlamento. Y dado que no hay razones para que las Cámaras de Diputados y Senadores no lo hagan (pueden sesionar en forma virtual o remota, conforme fallo de la CSJN en la causa 353/2020/CSI, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”), sería conveniente para la salud de la República que ello suceda inmediatamente. Pero la problemática de los DNU, en tanto discusión importante en la dogmática constitucionalista, excede la extensión y el objetivo de estas líneas. Por tal motivo, a fin de poder avanzar en el análisis sobre el paternalismo jurídico, asumiré a modo de hipótesis que este requisito de “legalidad” también está cumplido.

Si se concede validez a la aclaración del párrafo anterior, se puede sostener que la facultad de limitar la libertad de tránsito a “desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos” (art. 2 del DNU 297/2020), dispuesta por el Estado Nacional, se encuentra jurídicamente respaldada.

3. La Declaración 01/2020, del 9 de abril de 2020, emitida por la Corte IDH (“COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”), recuerda a los Estados americanos sometidos a su jurisdicción cuáles son los límites de su actuación y los recaudos de procedencia. En este sentido, luego de reiterar que ante la pandemia cualquier medida restrictiva de derechos humanos debe contener un límite temporal, una razón científica, y ser estrictamente necesaria y proporcional, la Declaración indica que deben

garantizarse los DDHH *sin discriminación*. En especial, los de aquellas personas integrantes de grupos en situación de mayor vulnerabilidad, entre otras, las personas mayores. La Corte IDH destaca asimismo que el “derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia.”

La mención a la *dignidad humana* es necesaria, pues sobre ella se erige toda la estructura del derecho de los derechos humanos, y los valores que fundamenta (libertad, autonomía, igualdad, solidaridad y responsabilidad). Y en tanto se trata de valores consensuados por todos los interesados de la comunidad dialógica, plural y democrática, dotan de *legitimidad* al sistema. Aún más, tratándose de valores acogidos por las normas del derecho de los derechos humanos se puede decir, con palabras de Elías Díaz, que estamos a una “legitimidad legalizada” (DÍAZ, E.: *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 28 y ss.). Por su parte, la referencia a los *principios de la bioética*, como se sabe: autonomía, justicia, beneficencia y no maleficencia, se interpreta en un sentido argumentativo totalizador, es decir, que no excluye las otras formas de abordajes bioéticos posteriores que los complementan, tales como el *método casuístico*, el *giro empírico*, más recientemente, el *giro narrativo*.

4. A pesar de los antecedentes jurídicos y hermenéuticos-argumentativos señalados, en fecha 19 de abril de 2020, el Ministerio de Salud y la Jefatura de Gabinete de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) dictaron en forma conjunta la Resolución nro. 16/MJGGC/2020, que los ignora. De hecho, su artículo 2 expresa: “A los efectos de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, para evitar que las personas de setenta (70) o más años salgan innecesariamente de su domicilio o lugar en el que se encuentren cumpliendo el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°297/PEN/20, establécese la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147”. Por su lado, el Artículo 3° estipula: “El aviso efectuado con la modalidad prevista en el artículo 2°, estará vigente durante 48 horas.” El eufemismo “establécese la necesidad de comunicarse” debe entenderse en el sentido de “obligación”, ya que el texto impone una determinada *norma de conducta*, la cual solo establece obligaciones, prohibiciones o permisiones.

Según se lee, la normativa jurídica citada obliga *solo* a un grupo de personas –los que cuenten con 70 años o más–, a comunicarse con las autoridades antes de salir de su domicilio, aun para realizar aquellos actos autorizados por el

Gobierno Nacional. Además, el permiso tendrá *vigencia por 48 horas*. Siendo así, la “necesidad” de gestionar la solicitud del permiso de salida “especial” es contraria a derecho, discriminatoria y éticamente inaceptable.

Es contraria a derecho porque impone *solo* a las personas mayores de 70 años, una exigencia sobre una materia que excede al gobierno local y que, además, desconoce la normativa de emergencia dictada por el Estado Nacional. Es decir, adolece del vicio de ilegalidad.

Es discriminatoria, tal como resolvió un tribunal de primera instancia (Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nº14, Sec. nº27, autos “Lanzieri, Silvano y ots. c/GCBA s/Amparo, Expte. 3045/2020-0, CUIJ: j-01-00020842-2/2020-0, Actuación: 14570412/2020, fallo del 20/04/2020), al declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Resolución de CABA. Entre otros argumentos, la decisión judicial señala con criterio acertado que la discriminación por causa de *edad* contraviene el sistema de DDHH en general, y la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” (arts. 2, 4 y conc.), en particular. Se destaca que esta Convención Internacional específica fue adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) durante la 45° Asamblea General (15/06/2015), y aprobada por el Congreso argentino mediante la sanción de la Ley nº27.360 (B.O. 31/05/2017). Ello significa que integra el *corpus iuris internacional* en materia de DDHH. En este marco, el reproche agravado se vincula con la imposición a una persona o grupo de personas, por su sola condición de edad, de una obligación diferente y más gravosa que al resto de los ciudadanos.

Es éticamente inaceptable. Este reproche ético admite dos puntos de análisis diferentes. El primero asume como ciertas las intenciones benevolentes de la Resolución expuestas en sus considerandos (protección especial de los mayores de 70 años). El segundo, por el contrario, interpreta que en la Resolución de CABA subyace el criterio utilitarista de privilegiar la protección del sistema sanitario por sobre la salud de cada individuo, ante un eventual contagio masivo de sujetos más propensos a contraer el virus y enfermar. Ahora bien, cabría preguntarse qué busca en verdad la normativa, si proteger a las personas mayores de 70 años o evitar que éstas, por ser uno de los grupos más vulnerables a la enfermedad, eventualmente provoquen un colapso en el sistema sanitario. En mi opinión, el criterio de planificación sanitaria que se basa en la contienda salud pública o general versus salud individual es un problema que, desde el punto de vista de la ética, no debe resolverse mediante la discriminación de un Colectivo de personas determinado. Pero profundizar sobre esta segunda línea de análisis excede los límites de este breve artículo. De manera que, por el momento, me centraré en el primer supuesto (actitud benevolente), que por otra parte es declarado en los

considerandos. Al respecto trataré de argumentar por qué considero que nos encontramos ante un supuesto de *paternalismo jurídico injustificado*.

5. La acción de un agente es *paternalista* cuando interfiere en la libertad de otro individuo, con el propósito de beneficiarlo o evitar que se dañe a sí mismo (DWORKIN, G.: “Paternalism”, en Sartorius, R. –ed.–, *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, pp. 19-34, 1987). En la vida cotidiana existen numerosos ejemplos donde se asumen conductas paternalistas; sucede en las relaciones académicas, en las familiares (no solo entre progenitores e hijos, sino también entre cónyuges o convivientes entre sí), en las sanitarias (médico-paciente) y, naturalmente, en las políticas (Estado-ciudadanos).

El paternalismo presupone entonces una relación intersubjetiva, cuyas características son: a) la interferencia de un sujeto sobre la libertad de otro, y b) la finalidad de benevolencia, que comprende la promoción de un beneficio para el destinatario, o bien evitar que éste se dañe a sí mismo.

En Derecho, el *paternalismo jurídico* sostiene que siempre existe una razón buena para justificar una prohibición o un mandato jurídico, aun cuando se impone contra la voluntad del destinatario, siempre que ello sea necesario para evitarle un daño físico, psíquico o económico (GARZÓN VALDÉS: “¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico?”, en *Doxa*, n° 5, 1988, pp. 155-173). También cabe incluir en este concepto las acciones que pretenden asegurar un beneficio de la persona (físico, psíquico o económico). Desde esta perspectiva jurídica, el elemento modal *coacción* de la interferencia aparece en forma más nítida, lo que resulta de toda lógica, pues se trata de una propiedad inherente y específica a este sistema normativo. Los ejemplos arquetípicos de paternalismo jurídico son la obligatoriedad del uso de casco para circular en motocicletas y el cinturón de seguridad para hacerlo en automóviles.

En esta conceptualización y caracterización, es importante destacar que no deben confundirse las interferencias paternalistas con las *perfeccionistas*. En estas últimas, el Estado impone a las personas un determinado ideal acerca de lo que es bueno, correcto o virtuoso, con prescindencia del ideal individual. El paternalismo, en cambio, no impone un ideal de lo bueno, sino conductas o cursos de acción para que el individuo pueda realizar su propio plan de vida, que eligió en forma libre. De allí que se sostenga que el perfeccionismo es “autofrustrante” (NINO, C.: *Ética y derechos humanos*, 2ª ed. ampliada y revisada, 4ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 414). De manera que, desde una visión democrática, pluralista, igualitaria, basada en el respeto de la persona, la interferencia perfeccionista nunca podría justificarse en los discursos moral, jurídico o político.

6. Ahora bien, el paternalismo jurídico no siempre está justificado. Y cuando ello sucede, la norma carece de legitimidad. Entonces, interesa establecer en qué circunstancias la interferencia coactiva podría considerarse justificada.

El primer abordaje que corresponde realizar es desde la concepción *utilitarista*. En su ensayo conocido de mediados del siglo XIX, "Sobre la libertad", John Stuart Mill sostiene que el *principio de libertad* otorga validez a las relaciones sociales que involucran coacción (mediante el uso de fuerza física, sanción jurídica o coerción moral), *solamente* en la medida que su propósito consista en la prevención de daños a terceros. Y agrega: "Respecto de la parte que solo a él concierne, su independencia es, por una cuestión de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su mente, el individuo es soberano" (MILL, J. S.: *Sobre la libertad*, trad. Lucas Bidon-Chanal, ed. Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Buenos Aires, 2010, p. 54). Para Mill, el propio individuo es quien está en mejores condiciones de conocer cuáles son sus intereses y cómo procurárselos, para lograr su mayor bienestar. Desde luego, para esta concepción no estaría justificada ninguna interferencia paternalista, salvo la ya mencionada protección de terceros. Sin embargo, el punto de partida de esta posición es erróneo. De hecho, la persona no siempre conoce qué medidas son las mejores para fomentar sus intereses, ni cuál es la forma más apropiada para conseguir su mayor bienestar. Un ejemplo de esto último lo brinda la noción de vulnerabilidad, que aporta la transdisciplina, omnipresente en el desarrollo dogmático del delito de Trata de personas. Pero suscribir estas críticas a la concepción utilitarista no implica sin más admitir la posible justificación ética del paternalismo jurídico. Ello requiere ponderar también el *principio de autonomía* y el *principio de igualdad*, que se complementan con la noción de *competencia*.

El principio de autonomía impide interferir en la libre elección y puesta en práctica de los ideales y planes de vida de los sujetos. Las excepciones a esta regla son el *principio de inviolabilidad*, esto es, cuando el ejercicio de la libertad coloca a otros individuos en una situación de menor autonomía relativa; y el *principio de la dignidad humana*, que se verifica cuando el propio individuo a quien se restringe la autonomía presta su conformidad (NINO, C.: *Ética*, cit., p. 413). Esta perspectiva exige valorar no sólo la *capacidad* de elegir del individuo, sino también el *contenido* de la elección. Ello significa que la capacidad para la autonomía en sí misma no autoriza a sostener que el paternalismo jurídico esté justificado *a priori*, aunque tampoco que no le esté. Es decir, esta visión requiere profundizar sobre el contenido de cada caso; por ejemplo, la vacunación o la escolarización primaria y secundaria obligatoria indudablemente son interferencias estatales, pero en

modo alguno impresionan injustificados. La debilidad de esta concepción es su indeterminación y las pautas para valorar el contenido de la elección.

En cuanto al principio de igualdad, se sostiene que el paternalismo jurídico es inequitativo porque la interferencia coactiva presupone la falta de simetría en las capacidades relacionales. Justamente, su posibilidad de realización recae en la situación de subordinación del individuo a quien se le impone una conducta. En consecuencia, desde este punto de vista el paternalismo tampoco estaría justificado. Se puede contraargumentar que, en rigor de verdad, no siempre sucede así. Existen supuestos de paternalismo recíproco, donde se parte de una situación de igualdad, otorgándose un *consentimiento anticipado* para actos futuros. La finalidad de este consentimiento anticipado es prever una eventual situación de debilidad o falta de capacidad. Piénsese, por ejemplo, en lo que sucede en las relaciones familiares con las directivas médicas anticipadas.

7. Dado que ni la autonomía ni la igualdad nos brindan por sí solas razones definitivas, una posible vía de solución al problema radica en combinarlas con la noción de *consentimiento hipotético*, a partir de la idea de *competencia*, entendiendo por tal a la capacidad del individuo de enfrentar racionalmente y con probabilidad de éxito los conflictos a los que se enfrenta.

Lo que el paternalismo jurídico requiere para ser valorado como justificado es una *competencia básica*, esto es, aquella que resulte útil para resolver cuestiones cotidianas de la vida. Los vicios que afectan de forma insalvable la competencia básica son aquellos supuestos en los que la persona: a) ignora elementos relevantes de la situación, b) su fuerza de voluntad o sus facultades mentales están reducidas, c) su voluntad está condicionada, y d) su accionar es incoherente, lo cual se verifica cuando acepta un determinado bien que no desea arriesgar, pero a la vez no utiliza los medios que lo protegen a pesar de tenerlos a su alcance (v. gr., acepta como bien la vida o la integridad psicofísica, no la desea arriesgar, pero no utiliza el cinturón de seguridad).

Pese a ello, la sola afectación de la competencia básica no es suficiente para justificar la interferencia coactiva. Constituye sí una condición necesaria, pero no suficiente. Se requiere además una *acción benevolente*, que procure superar una situación de desigualdad, a fin de que la persona pueda desarrollar autónomamente su propio sentido de bien y proyecto de vida. Dicho de otra manera, se requiere verificar al menos una (in)competencia básica (premisa empírica) y la finalidad benevolente de la acción, que favorecerá la autonomía mediante la superación de la desigualdad (premisa ética normativa). Ambas premisas, la empírica y la normativa, constituyen las condiciones necesarias y suficientes para justificar el

paternalismo jurídico. La consecuencia de ello, tal como postula Garzón Valdés, es que no estará justificada la intervención coactiva que pretenda evitar que alguien se dañe a sí mismo o incluso que se prive de la vida, si considera a la muerte como liberación (eutanasia). Tampoco el supuesto que alguien corra riesgo probable de daño si hace a su felicidad o placer (deportes extremos); o si decide arriesgar su vida por los demás (GARZÓN VALDÉS: “¿Es éticamente justificado?”, cit., pp. 165-170).

8. En conclusión, la normativa dictada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a pesar de contener un argumento benevolente, carece de justificación ética. La ampliación de la restricción a la libertad de transitar solo a las personas mayores de 70 años es ilegítima, pues no demuestra –no podría hacerlo– que todos los miembros pertenecientes a ese colectivo poseen alguno de los vicios antes enunciados, con entidad suficiente para afectar su competencia básica (premisa empírica).

El COVID-19 pone en juego nuestros bienes más preciados. Por ello, en tanto miembros de una comunidad dialógica y de un Estado democrático y plural, es correcto que las normas jurídicas de emergencia sanitaria echen mano a la herramienta del consentimiento hipotético anticipado, como justificación de la restricción de nuestra libertad de transitar. Pero ello solo será legal en la medida que tal restricción sea razonable, necesaria, proporcional, limitada en el tiempo y responda a criterios científicos para contener el avance de la pandemia. Y solo será legítimo en la medida que no discrimine.

En suma, para preservar los DDHH sería esperable que las autoridades gubernamentales eviten sobreactuaciones jurídicas del tipo a la aquí criticada que, lejos de promover el cuidado de los integrantes de un grupo vulnerable, les impone una carga extra a la ya gravosa limitación de derechos. Los adultos mayores no son incompetentes básicos, solo nacieron un tiempo antes.