

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



El paternalismo en salud desde el enfoque de capacidades

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DESARROLLO  
HUMANO: ENFOQUES Y POLÍTICAS**

**AUTOR**

OSWALDO LEANDRO CORNEJO AMORETTI

**ASESOR:**

GONZÁLO GAMIO GEHRI

Abril, 2018

## RESUMEN

El objetivo de esta investigación es determinar qué características o requisitos debe poseer (o satisfacer) una intervención paternalista en salud para ser compatible con el enfoque de las capacidades (en adelante, EC). La presente investigación se justifica, en primer lugar, porque hoy en día existen varias medidas paternalistas vigentes en todas las sociedades liberales y el EC no ha sido completamente ajeno a esta cuestión; sumándose en el debate sobre el concepto y justificación del paternalismo. En segundo lugar, desde el enfoque se afirma que la salud y la integridad física son tan importantes, que son áreas legítimas de interferencias, lo que implica o invita a discutir la cuestión del paternalismo aplicado al campo de la salud. En tercer lugar, ninguno de los aportes desarrollados desde el enfoque sobre este asunto ha considerado de forma integral la producción académica sobre el paternalismo que se ha trabajado desde distintas disciplinas. Finalmente, el EC aporta al debate dado que posee muchos elementos conceptuales importantes que ofrecen una mirada crítica valiosa. La hipótesis de trabajo afirma que una intervención paternalista en salud puede ser válida desde el EC si es que al menos posee (o tome en consideración) algunas características (pautas), derivada de principios normativos extraídos de varias tesis del EC. El marco teórico empleado es el enfoque de capacidades, tanto los desarrollos generales realizados por Amartya Sen y Martha Nussbaum, así como las producciones académicas aplicadas al campo de la salud trabajadas por Jennifer Prah Ruger y Sridhar Ventakapuram. Se concluye que para que una medida sea compatible debe situarse una carga de argumentación y de exigencia elevada. Asimismo debe considerarse el conjunto capacidad restringido de los beneficiarios y otros afectados como consecuencia de la intervención; demostrarse, en tanto sea posible y necesario, que los beneficiarios poseen limitaciones en su capacidad de auto-regulación para evitar la conducta auto-lesiva; considerarse otras alternativas no excluyentes para abordar el problema de salud; tomar en cuenta las preferencias el beneficiario; que la conducta auto-lesiva, de no intervenir, produzca o pueda producir daños considerables a la salud de los beneficiarios; y finalmente, de ser posible y necesario, que las medidas se sometan a un proceso de deliberación.

Palabras clave: “Enfoque de capacidades” “Capacidad en salud” “Paternalismo en salud”



*A mi padre*

## ÍNDICE

Agradecimientos	5
Introducción	7
Capítulo I: La legitimidad general del paternalismo en el enfoque de capacidades	20
1.1. Antes del enfoque: el paternalismo en John Stuart Mill y John Rawls	20
1.1.1. El presunto anti-paternalismo de John Stuart Mill	21
1.1.2. El pro-paternalismo de John Rawls	27
1.2. El enfoque de capacidades: elementos esenciales	30
1.3. La discusión del paternalismo desde el enfoque de capacidades	34
1.4. Reflexiones finales	39
Capítulo II: Un concepto de paternalismo en salud desde el enfoque de capacidades	40
2.1. Sobre el perfeccionismo y el paternalismo	41
2.2. Problemas y criterios para definir el paternalismo	44
2.3. Un concepto de paternalismo en salud desde el enfoque de capacidades	52
2.4. Reflexiones finales	56
Capítulo III: La justificación del paternalismo en salud desde el enfoque de capacidades	58
3.1. El debate sobre el concepto de salud	59
3.2. La capacidad en salud: dos propuestas	62
3.3. La justificación del paternalismo en salud	65
3.3.1. Prioridad de capacidades sobre funcionamientos	68
3.3.2. El valor de la agencia y autonomía: el paternalismo blando	73
3.3.3. La exclusión del paternalismo duro desde el enfoque de capacidades	76
3.3.4. Preferencias, deseos y valores: el paternalismo de medios	82
3.3.5. El reconocimiento de la heterogeneidad de las personas	84
3.3.6. El umbral de capacidad	87
3.3.7. La necesidad de deliberación	89
3.4. Los criterios para evaluar el paternalismo en salud desde el enfoque	93
3.5. Reflexiones finales	95
Conclusiones	96
Bibliografía	105

## AGRADECIMIENTOS

La presente investigación es la continuación de un proyecto un poco más grande, de algunos años, dedicado a estudiar el problema del paternalismo aplicado a los problemas de salud, y en general, de entender la importancia de entender los debates producidos en diversas disciplinas en torno a la salud y sus posibles relaciones con el Derecho, mi disciplina de base. Este trabajo, como los anteriores, ha significado un largo ejercicio de reflexión y enriquecimiento individual, y me ha servido en profundizar sobre las posibilidades y aportes que el enfoque de capacidades puede traer al Derecho.

Muchas personas permitieron y dieron una mano para que este trabajo pueda ser planteado y finalizado. Primero que nada, debo agradecer a mi familia, a Oswaldo Cornejo Donayre, María del Pilar Amoretti Munive, Ximena Cornejo Amoretti y Paola Cano Portilla por todo el apoyo brindado.

Quiero agradecer a mi asesor de tesis, el profesor Gonzalo Gamio Gehri, por la inmensa confianza puesta en mi trabajo y la valiosa sugerencia (o amable exigencia, como yo la sentí) de reestructurar enteramente la primera versión elaborada, así como de otras importantes recomendaciones. De no haber realizado este largo ejercicio, muchas ideas sostenidas aquí no hubieran podido desarrollarse de forma adecuada y se hubieran perdido entre los tantos apuntes que uno deja al terminar una tesis. La posibilidad de incorporar nuevos puntos y sistematizar mejor varias ideas ha sido esencialmente una consecuencia de este cambio. En cierto sentido el profesor Gamio intervino por mi propio bien; y en el espíritu del objeto de estudio de esta tesis, no tengo más que agradecerle inmensamente por todo.

Debo agradecer también a los profesores Gorki Gonzales Mantilla, Jhonatan Clausen Lizárraga, Arell Valencia Vargas, Deborah Delgado Pugley, Mirtha Muñoz Castillo, Betzabé Marciani Burgos, Carmen Yon Leau, José Carlos Silva Macher y Silvana Vargas Winstanley, con quienes sostuve importantes discusiones sobre algunos temas directa o indirectamente vinculados a este trabajo. Algunos revisaron ideas bastante desarrolladas de algunos puntos de esta investigación; y otros hicieron grandes aportes a trabajos anteriores sobre el tema. La mirada jurídica e interdisciplinaria que aportaron supuso un gran enriquecimiento en mi exploración sobre la cuestión del paternalismo, otorgando mayor solidez y mejores elementos de juicio a varias tesis y propuestas ofrecidas, muchas de las cuales tuvieron que ser modificadas luego de recibir y evaluar sus aportes.

Quiero agradecer además a Yolanda Falcón Lizaraso, quien me introdujo en el campo sanitario como investigador en el Seguro Social de Salud –EsSalud-, así como miembro y experto en temas sanitarios del Comité Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Salud. El profesor y médico cirujano Segundo Cruz Bejarano despertó mi interés por acercarme desde el Derecho a temas de salud a través de una perspectiva interdisciplinaria, y me ayudó muchísimo para comprender las grandes complejidades de la medicina, salud pública y la epidemiología, en clave de problemas normativos. El proyecto nacional que nos tocó desarrollar conjuntamente sobre la humanización de los servicios de salud hace unos años, gracias nuevamente a la infinita confianza de Yolanda, fue una oportunidad y un golpe de suerte invaluable para incorporar las discusiones del enfoque de capacidades al quehacer del servicio público sanitario, y ha servido de insumo para varios temas vistos aquí. Gracias al soporte moral y ánimos de Nadia Napurí Riofrio, amiga y compañera de trabajo en la Escuela de Posgrado de la PUCP, pude mantener la disciplina para seguir y terminar esta investigación. Su apoyo y comprensión en el quehacer de la gestión universitaria ha sido increíble. Siempre le estaré agradecido.

Agradezco finalmente a los docentes Enrique Sotomayor Trelles, Noemí Ancí Paredes, Eliana Rosas Aguilar, Adrián Lengua Parra, Belén Gallardo Rivas, Karen Bertola Valdivia y

Diego Collantes Añaños, grandes amigos con quienes llegué a discutir algunos puntos vistos en esta investigación, así como ciertos casos o temas relacionados y analizados aquí. Siempre estaré en deuda por su amistad y predisposición para discutir desinhibida y vehementemente sobre estos asuntos.

Esta tesis está dedicada a mi padre, mi mejor amigo. El desarrollo de mis ganas de seguir aprendiendo y de expandir las opciones de aprendizaje más allá de mi disciplina de base se debe a la forma en cómo hemos concebido nuestra amistad, interesados por discutir diversos problemas con todas las herramientas disponibles que podamos comprender. Desde niño, su preocupación por responder lo más posible a todas mis preguntas permitió que desarrolle un modesto hábito por aprender por el mero gusto de hacerlo. Aún hoy en día, y de hecho para el desarrollo de este trabajo, he podido contar con él para escuchar sus opiniones y críticas a mis tesis. Este camino que se cierra se lo debo a él.



## INTRODUCCIÓN

El 16 de mayo del 2013 el Congreso peruano aprobó la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, también conocida como la *Ley de comida chatarra*. La política sanitaria diagramada en la ley establecía un paquete de medidas para atacar desde diversos flancos el problema del sobrepeso y la obesidad en el Perú.

Una de las medidas, al menos así se ha interpretado (Cfr. O'Neill 2013: 40), prohibía la venta de alimentos y bebidas procesadas en los colegios, implementándose en su lugar los *kioskos* y *comedores saludables*. La Ley también establece importantes restricciones a la publicidad de productos procesados dirigida a menores de edad, como la prohibición de realizar anuncios incluyendo personajes, mascotas o muñecos que sean llamativos para ellos; o la prohibición de incluir regalos por la compra de productos, desterrando la paradigmática *cajita feliz* existente en muchas cadenas de restaurantes de comida rápida.

Una de las más polémicas medidas era la obligación de etiquetar de forma especial aquellos alimentos que contengan sodio, azúcar y grasas por encima de los parámetros aceptados internacionalmente. La ley incluyó la necesidad de colocar advertencias del alto contenido que el producto pueda tener de estos productos, incluyendo una advertencia para que se evite el consumo excesivo. Otra de las intervenciones, que no fue suficientemente atacada, pese a los diversos flancos de ofensiva posibles (como el hecho que iba dirigido a todos, no solo a niños, niñas y adolescentes), fue la prohibición progresiva y total de cualquier producto que contenga grasas trans.

Otras medidas a implementar por la Ley comprendían la creación de un observatorio de nutrición y estudio de sobrepeso y obesidad, la promoción del deporte y la actividad física en el sistema educativo básico (público y privado) y la realización de campañas informativas por parte del Estado para promover la alimentación saludable de todas las personas. Estas últimas medidas fueron las menos inofensivas, y de hecho no fueron sometidas a objeciones.

La discusión pública sobre la Ley vino acompañada de muchísimas críticas. Antes de su promulgación, el 30 de junio del 2012, el profesor Alfredo Bullard despotricó contra esta a través de su columna periódica en un diario de circulación nacional. Según él, la discusión de la ley significa la invocación “superprotectora de un Estado, que aparecerá con su disfraz de héroe, a vengar la ignominia, eliminando esa comida de los colegios, prohibiendo la hipnótica publicidad y erradicando de la faz de la tierra a personajes tan indeseables como Ronald McDonald, el Tigre Tony y el pato del Cua Cua”<sup>1</sup>. Bullard parece que resucitó en esta columna el viejo argumento del *Estado Nana*, la despectiva nomenclatura ofrecida al gobierno cuando este toma decisiones paternalistas sobre los demás, en el entendido de que el gobierno no tiene esa capacidad ni deber de inmiscuirse en las elecciones de los demás (Cfr. Conly 2013; Le Grand y New 2015).

Igualmente, y algunos días antes, el profesor Alejandro Falla también se manifestó en el mismo diario en contra de la posibilidad de regular la publicidad de alimentos procesados. Según él, la tesis de que los menores son vulnerables a la publicidad (una razón de base para justificar el paternalismo, como se verá más adelante), que explica el problema de la obesidad es un sumamente cuestionable. La propuesta no lograría su objetivo dado que, a juicio de Falla, no existe evidencia que demuestre una relación de causa y efecto entre la publicidad; y por ello, no se estaría atacando el problema de fondo<sup>2</sup>. La norma además sería

<sup>1</sup> Más información al respecto, ingrese al siguiente enlace: [http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2012/07/ab\\_el\\_fin\\_del\\_mundo\\_30.06.12.pdf](http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2012/07/ab_el_fin_del_mundo_30.06.12.pdf) Último acceso: 23/12/17.

<sup>2</sup> Mayor información en: [http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2012/09/af\\_Lluvia-de-Hamburguesas-El-Comercio-20.05.2012-Le-quieren-quitar-a-mi-hijo-su-cajita-feliz-.pdf](http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2012/09/af_Lluvia-de-Hamburguesas-El-Comercio-20.05.2012-Le-quieren-quitar-a-mi-hijo-su-cajita-feliz-.pdf) Último acceso: 23/12/17.

innecesaria dado que la protección a los consumidores frente a la información falsa o engañosa, así como los estándares generales para la publicidad a los menores de edad sería suficiente. En ese sentido, Falla parece sugerir que la mejor forma de proteger a los menores de sí mismos es a través de garantizar información neutral y fidedigna de los productos ingeridos, lo que sería una tesis enfocada en la autonomía individual de los menores (con mayor razón en los adolescentes), y claramente de sus padres, quienes ostentan la potestad sobre ellos. La autonomía, a través de la provisión de información vencería a la necesidad paternalista de un Estado superhéroe que quiere salvar a todos de la epidemia de la obesidad y sobrepeso, desalentando a las personas de incurrir en malos hábitos de consumo.

El 7 de mayo del 2013, justo unos días antes de la promulgación de la Ley y en un sentido similar, el profesor Oscar Sumar criticó varias de sus disposiciones. En primer lugar, cuestionó la efectividad de la totalidad de la norma, debido a su insuficiente capacidad de reducir la tasa de obesidad y sobrepeso en el Perú. En segundo lugar, sostuvo que la política sanitaria incorporada en la Ley no tenía sentido, puesto que el problema de la comida chatarra es de las personas de bajos recursos en países del primer mundo, y aquí la pobreza provoca problemas de baja nutrición. Es decir, que las personas en situación de pobreza en el Perú padecen de desnutrición, en Estados Unidos obesidad<sup>3</sup>. Así, Sumar parece afirmar que el principio de paternalismo no es el medio para abordar el problema de alimentación deficiente, pero sí la búsqueda de equidad o crecimiento económico. El problema es de pobreza, no de hábitos.

El 18 de mayo del 2013, pocos días luego de la promulgación de la Ley, Bullard arremetió brevemente en otra columna contra Jaime Delgado, uno de los congresistas que lideró el diseño de la política sanitaria. Al cuestionar la intromisión del Estado sobre qué es lo mejor para los hijos de las personas, planteó la pregunta retórica de si los padres se cruzarían de brazos “si Jaime Delgado cogiera las papas fritas que le [hubieran comprado a sus hijos y las lanzara] a la basura con la excusa de que no son saludables”<sup>4</sup>. Bullard parece sugerir que la única forma de paternalismo permitida por la sociedad debe ser la de los padres, quienes pese a que puedan cometer serios errores, estos serían menos perjudiciales que los ocasionados por un burócrata. Esta tesis curiosamente guarda alguna similitud con lo sostenido por John Stuart Mill hace ya más de un siglo, cuando afirmó que “cada uno es el mejor guardián de su propia salud [...] y que] la humanidad gana más a través del sufrimiento de cada uno a vivir como le parezca, que obligándola a vivir según el parecer del resto” (2009a: 72).

En un artículo más especializado, Sumar volvió a cuestionar la Ley luego de su promulgación. Reconoció que las personas pueden ser insuficientemente racionales para tomar decisiones correctas sobre su salud, y que la publicidad puede explotar y manipularlas para mantener su conducta perjudicial, una hipótesis válida usada en la literatura para defender el paternalismo. Pero no obstante este hecho (que aparentemente pide que se asuma como cierto, aunque de forma condicional), considera que no puede prohibirse la publicidad, porque esto ocasionaría la compra de productos deficientes a precios más altos. El remedio sería más costoso que la enfermedad<sup>5</sup>.

Sumar de esta forma considera que el paternalismo necesariamente desplazaría la eficiencia del mercado de proveer información adecuada a los consumidores para que ellos tomen las decisiones de consumo que estimen conveniente. El hecho que las personas en efecto

---

<sup>3</sup> La información completa puede verse en: <https://gestion.pe/blog/menulegal/2013/05/una-big-state-doble-con-legisl.html> Último acceso: 23/12/17.

<sup>4</sup> La información completa de la posición puede verse en: [http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/05/ab\\_paternidad\\_robada\\_18.05.13.pdf](http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/05/ab_paternidad_robada_18.05.13.pdf) Último acceso: 23/12/17.

<sup>5</sup> La información completa puede verse en: [http://forseti.pe/media\\_forseti/revista-articulos/Sumar.pdf](http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/Sumar.pdf) Último acceso: 23/12/17.

posean limitaciones no jugaría un papel relevante en la cuestión si el gobierno puede ayudarlos. En todo caso, el análisis costo-beneficio, en caso incluya el reconocimiento de la limitada auto-regulación de muchas personas, es irresistible a los resultados monetarios, la pérdida de libertad empresarial, o al logro de felicidad, asociada a la mera satisfacción de las preferencias. De hecho, resulta curiosa la estructura del dilema que finalmente presenta: prohibición de publicidad por razones paternalistas vs. provisión y libertad informativa.

Ese mismo año, el 2013, la profesora Cecilia O'Neill publicó un artículo revisando la validez jurídica de la Ley. O'Neill saludó la existencia de los quioscos saludables, pero no su exclusividad. Según ella, "la promoción de comida saludable en los colegios no solamente es una política pública que puede permitirse [...] El problema estriba en considerar que la norma impide la venta de *comida chatarra* en las escuelas [...] Aunque la norma no señala que la exclusividad afecta a los comedores sino al tipo de alimentación que estos deben ofrecer" (2013: 40) ella se mostró pesimista en que las autoridades interpreten la norma en el sentido de permitir la existencia de ambos tipos de quioscos y comedores, sino que optarían por un compromiso interpretativo más restrictivo.

En ese sentido, y partiendo de la premisa que de acuerdo a la Ley solo pueden haber comedores saludables en las escuelas, O'Neill llega a la conclusión que esta no cumple con los parámetros exigidos por el principio constitucional de proporcionalidad, debido a la restricción injustificada que supone para la libertades de empresa y la potestad y responsabilidad de los padres sobre cómo alimentar a sus hijos, una tesis idéntica a la sostenida por Bullard ese mismo año, como se mencionó atrás. O'Neill también sostuvo que las restricciones a la libertad de expresión comercial eran sumamente graves, puesto que no dejaban márgenes para que las empresas puedan promocionar sus productos a todas las personas. O'Neill no sustenta este punto, no prueba que en efecto las formas todas de publicidad usuales y posibles han sido prohibidas, pero el argumento es persuasivo y válido, dado que la Ley es bastante imprecisa en varias disposiciones que regulan la publicidad.

Fueron pocos quienes esbozaron defensas en medios de comunicación de igual cobertura a la necesidad de regulación de los alimentos procesados. Uno de ellos fue Elmer Huerta, médico peruano y director del Preventorio del Instituto de Cáncer del MedStar Washington Hospital Center en Washington D.C. Días antes de la promulgación de la Ley<sup>6</sup>, En su famoso blog *Cuida tu salud*, Huerta realizó una defensa desde diversos flancos a la necesidad de abordar el problema del sobrepeso y la obesidad.

En primer lugar, defendió la importancia de diferenciar los alimentos procesados de los no procesados, resaltando lo perjudicial que son los primeros para la salud, pese a que ambos posean un alto contenido calórico y de grasas. Para probar su punto mostró cada uno de los 37 ingredientes que posee un *Twinkie*, un alimento procesado que suele comprarse a los niños de países industrializados, como Estados Unidos, indicando que en el Perú existen una gran cantidad de productos similares, que niños y adolescentes (y en general, cualquier adulto) pueden estar comiendo diariamente sin considerar seriamente sus consecuencias. En segundo lugar, defendió la necesidad de regular de forma más amplia la publicidad de productos procesados, para así evitar que niños, adolescentes y adultos (los padres) puedan ser engañados o manipulados por las empresas. Sostuvo una posición intermedia, donde se busque mejorar o restringir la publicidad para proteger la salud, rechazando tajantemente cualquier prohibición absoluta de la publicidad.

Finalmente, en tercer lugar, hizo un importante recuento histórico sobre la eterna lucha entre la salud pública y el poder económico. Casos como las mejoras del sistema de agua potable y saneamiento en el siglo XIX en Londres, la aparición de la salud ocupacional en el siglo

---

<sup>6</sup> La información completa puede encontrarse aquí: <https://elcomercio.pe/blog/cuidatusalud/2013/05/regulacion-de-los-alimentos-ar> Último acceso: 24/12/17.

XIX y la negativa de los empresarios a aceptar condiciones mejores para sus trabajadores; la lucha contra la industria de tabaco durante la segunda mitad del siglo XX, entre otros. En suma, Huerta apeló a la necesidad de proteger a la población de sus conductas auto-lesivas, en este caso, a través del consumo de productos procesados que aumenten sus riesgos de daños a la salud. El recuento histórico, así como las otras defensas realizadas en su informe muestran en efecto la colisión entre los intereses de las empresas, las preferencias manipuladas o deficientes de los consumidores y la salud de la población.

En un artículo posterior, durante el 2015<sup>7</sup>, Huerta narra la historia de la creación de las grasas trans, sometidas a la prohibición progresiva por la Ley, que fueron inicialmente empleadas para la fabricación de velas. Huerta cuenta que ante la aparición del bombillo eléctrico, sus creadores optaron por comercializar dicha grasa como manteca para hornear, en un intento por diversificar su mercado. Con el paso del tiempo, las grasas trans ganaron suficiente fama para ser usadas masivamente en la elaboración de galletas, papas fritas, bizcochos, panes, margarina, entre otros productos. Entre las ventajas de elaborar productos con este aditivo estaba el ahorro en el consumo de aceite y la duración del producto una vez listo para el consumo humano, que demora mucho más tiempo en volverse rancio y descomponerse. Las desventajas, de acuerdo a la Escuela de salud pública de Harvard, es que el consumo de grasas trans eleva el colesterol perjudicial para la salud, y estimaban que, para la época del estudio, en 1994, participaba o tenía que ver en la muerte de 30,000 y 100,000 personas anuales por problemas coronarios y cerebrales.

El motivo del informe de Huerta es que en dicho año el Ministerio de Salud (MINSA) emitió el Decreto Supremo N° 007-2015-SA, que establece los parámetros técnicos sobre los alimentos y bebidas procesadas. Huerta expresó su decepción toda vez que el reglamento en cuestión excluyó a las grasas trans de la lista de productos a regular en función a los parámetros. Como se aprecia en el Reglamento y Huerta menciona “se establecen límites seguros para azúcar, grasas saturadas y sal, pero las grasas trans han desaparecido ‘inexplicablemente’ de la lista de productos a regular”.

Por suerte, al año siguiente, el 26 de julio 2016, el MINSA emitió el Decreto Supremo N° 033-2016-SA, que establece el proceso de reducción gradual hasta la eliminación de las grasas trans. Lamentablemente, y en lo que podría decirse que fue otro revés de la política sanitaria peruana, se estableció el plazo de cincuenta y cuatro (54) meses para proceder con la eliminación total de este aditivo. Peor aún, dicho plazo se activaría con la entrada en vigencia del Reglamento, fijado en ciento ochenta (180) días desde su emisión. Es decir, la ansiada eliminación recién se haría plena dentro de cinco (05) años desde la promulgación, el 26 de julio del 2021. La importante reducción completa del riesgo de daño a la salud de la población por el consumo de grasas trans todavía se encuentra en espera.

El espacio público institucionalizado también estuvo convulsionado con esta política pública. El mayo de 2015, durante el proceso de reglamentación de la Ley hubo una importante controversia alrededor de la cuestión de quiénes deberían participar en este proceso democrático. Por ejemplo, se sabe que la Sociedad Nacional de Industrias (SNI) presionó fuertemente al gobierno para evadir el seguimiento de los estándares fijados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre el tema de alimentos y bebidas procesadas.

El 20 de mayo de ese año, el presidente del colectivo empresarial remitió un comunicado a la Dra. Margaret Chang, directora de la OMS, reclamando en contra de la intromisión de un funcionario regional de dicho organismo internacional. En la carta se aprecia la queja contra el Dr. Manuel Peña, de la Organización Panamericana de la Salud, por entrometerse en la soberanía del Estado peruano, dado que Peña exigió ante los medios de comunicación que

---

<sup>7</sup> Revítese el siguiente enlace para más información: <https://elcomercio.pe/blog/cuidatusalud/2015/05/de-las-velas-a-las-papas-fritas-historia-de-las-grasas-trans> Último Acceso: 23/12/17.

la reglamentación de la ley debería estar compuesta por expertos preocupados por la salud de la población, y no por políticos y funcionarios del gobierno, específicamente, de la Presidencia del Consejo de Ministros<sup>8</sup>.

En esa misma línea y años después, en el 2017, con la reglamentación completa de la Ley todavía pendiente y a raíz del famoso escándalo que destapó la estrategia informativa de muchos productos lácteos en el Perú, Matilde Schwalb y Jaime Delgado<sup>9</sup> mostraron cierta preocupación por la falta de imparcialidad del gobierno. Schwalb manifestó con recelo sobre la posibilidad de intereses oscuros, preguntándose para quién regular el Estado, si es para los consumidores o para las empresas.

Delgado recordó que intereses empresariales estaban impidiendo la reglamentación de la Ley de comida chatarra. Fue algo más frontal, y culpó al premier de ese entonces, Fernando Zavala, de esta falta de discusión democrática sobre la correcta especificación de las disposiciones de la ley. Según Delgado, Zavala guardaba bajo siete llaves las puertas de diálogo transparente, recordando que antes de ser nombrado como premier él laboró durante muchos años como gerente en una de las empresas que se puso enérgicamente en contra de la Ley, años atrás durante la primera discusión en el Parlamento.

Finalmente, el 15 de junio del 2017 y luego de una larga y agotadora batalla contra la industria de alimentos procesados y el poder político que los respalda, el MINSA promulgó el Decreto Supremo N° 017-2017-SA que aprueba el Reglamento de la Ley. En dicho Reglamento, que deroga además el Decreto N° 007-2015-SA cuestionado por Huerta el 2015, se establece no solo la incorporación de los parámetros de grasas trans que denunció como inexistentes, sino que persistió en la forma paternalista de etiquetado establecida en la Ley.

En efecto, en la segunda disposición complementaria y final, en concordancia con la Ley, el Ejecutivo continúa con un sistema de etiquetado que tiene la estrategia de informar con advertencias, una clara forma de paternalismo informativo. Es decir, el objetivo no es solo de informar de los altos niveles de compuestos peligrosos para la salud, sino incorporar un pedido adicional de modificar la conducta auto-lesiva, específicamente, que se evite el consumo excesivo del producto en cuestión. En el caso de productos con grasas trans la exigencia es mucho mayor, dado que se pide al consumidor que evite consumir el producto, sea cual sea la cantidad ingerida.

Algún corto tiempo después, el 17 de agosto del 2017, mediante Resolución Ministerial N° 683-2017/MINSA, el Gobierno publicó el proyecto de Manual de advertencias publicitarias. Este fija los parámetros específicos para la colocación del etiquetado y advertencias fijadas en la Ley y el Reglamento. Al término de esta investigación, el manual se encuentra todavía pendiente de aprobación.

Esto último, junto con el establecimiento exclusivo de los comedores y quioscos saludables en las escuelas (siguiendo la interpretación restrictiva pensada por O'Neill) y los parámetros de contenido máximo de sales, azúcares y grasas, sacudió a la comunidad empresarial. Según César Luza, presidente de la Asociación de la Industria de Bebidas y Refrescos sin

---

<sup>8</sup> "En carta fechada 30 de junio, la Dra. Carissa Ettiene, directora de la OPS le responde a la SNI. En ella, no solo respalda firmemente la labor técnica profesional del Dr. Peña, sino que le recuerda a la SNI que en el quincuagésimo tercer Consejo Directivo de la OPS y sextagésima sexta Sesión del Comité Regional de la OMS para las Américas, el gobierno del Perú firmó el Plan de acción de la prevención de la obesidad en la niñez y la adolescencia, y que las acciones del gobierno peruano, a través del ministerio de salud y de su representante, tienen sólida evidencia científica y respaldo continental" ([http://elcomercio.pe/blog/cuidatusalud/2015/08/salud-publica-vs-industria-ultimo-caso-peruano?ref=nota\\_ciencias&ft=contenido](http://elcomercio.pe/blog/cuidatusalud/2015/08/salud-publica-vs-industria-ultimo-caso-peruano?ref=nota_ciencias&ft=contenido) Último acceso: 20/08/2015).

<sup>9</sup> La información completa puede verse en: <http://larepublica.pe/economia/1051184-hay-productos-que-se-venden-sin-ningun-warning-y-en-chile-tienen-tres-advertencias-video> Último acceso: 23/12/17.

Alcohol, “los parámetros técnicos elaborado por el MINSA y que tomó como referencia a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y a la Organización Panamericana de la Salud (OPS) — no son viables”<sup>10</sup>. Según Andrés Choy, de la Asociación de Bodegueros del Perú, “esta normativa se traduciría en una reducción de más del 60% de las ventas del sector”<sup>11</sup>. Alejandro Daly, representante de Alimentos y Bebidas de la SNI señaló que el reglamento va a afectar el mercado de alimentos procesados, afirmando que según las estimaciones hechas por el gremio, se “restringiría la venta del 95% de productos industriales que se ofrece en el mercado”<sup>12</sup>.

Ante las presiones de la comunidad empresarial, en especial por parte de la SIN, la Comisión de Protección al Consumidor del Parlamento ha iniciado las discusiones para dictaminar una modificación a la Ley. Uno de los puntos más controvertidos es la eliminación de la política paternalista informativa mencionada atrás, a través del etiquetado de los productos que superen los parámetros internacionales.

En vez de ello, se piensa introducir otras técnicas de etiquetado, como la etiqueta semáforo (que no incluye el pedido expreso de evitar el consumo) o la famosa etiqueta de guía diaria de alimentación (GDA) que establece un completo pero sumamente complejo conjunto de cuadros informativos<sup>13</sup> (también sin incluir el pedido de evitar el consumo), que deja muchas dudas sobre su real utilidad para que los consumidores abandonen sus hábitos auto-lesivos.

Tan aparentemente fuerte ha sido la presión del empresariado que el 7 de noviembre del 2017, durante la discusión en la Comisión de protección al consumidor del Parlamento peruano y ante la tentativa de elaborar un dictamen para una nueva Ley, el congresista del partido de oposición y presidente de dicha comisión, Miguel Castro, impidió la participación de dos expertos en el tema del sobrepeso y la obesidad. Castro no solo indicó que la exposición del experto de la OMS invitado por el partido progresista no había sido autorizada, sino que solicitó al personal de seguridad que retiren al funcionario de dicho organismo del recinto parlamentario<sup>14</sup>.

La presión empresarial no solo se habría expandido sobre esta comisión parlamentaria. Meses antes, en setiembre del 2017, los congresistas Juan Carlos Eguren y Elías Rodríguez pidieron a la Comisión de Salud y Población del Parlamento la modificatoria de la Ley. El objetivo de estos parlamentarios, a diferencia de lo que se discutió en la Comisión de protección al consumidor, es “flexibilizar los parámetros del etiquetado, para que los productos no plasmen en sus envases que son altos en grasas, sodio, o la cantidad de sal o azúcar que contienen, con el propósito de pasar desapercibidos y hacer creer al consumidor que dichos alimentos son realmente saludables”<sup>15</sup>.

Al momento de culminar la investigación, el Reglamento de la Ley sigue vigente y el manual de advertencias sigue en etapa de proyecto. Pero se encuentran cuestionados por importantes académicos, así como amenazados por poderes económicos y políticos que buscan evitar a toda costa la afectación de sus libertades económicas, de expresión

---

<sup>10</sup> La información completa puede verse en: <https://elcomercio.pe/economia/ley-comida-chatarra-cumple-4-anos-reglamento-422280> Último acceso: 23/12/17.

<sup>11</sup> La información completa puede verse en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/ley-alimentacion-saludable-reglamento-publicara-semana-434191> Último acceso: 23/12/17.

<sup>12</sup> La información completa puede verse en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/ley-comida-chatarra-respuesta-industria-427356> Último acceso: 23/12/17.

<sup>13</sup> La información completa puede verse en: <https://redaccion.lamula.pe/2017/06/15/se-aprobo-el-reglamento-de-la-ley-contra-la-comida-chatarra/leslierosas/> Último acceso: 22/12/17.

<sup>14</sup> La información completa puede verse en: <http://larepublica.pe/politica/1142237-congreso-critican-a-fujimorista-por-retirar-de-sesion-a-representante-de-la-oms-video> Último acceso: 22/12/17.

<sup>15</sup> <https://marlon.lamula.pe/2015/12/09/congresistas-a-punto-de-traerse-abajo-ley-de-comida-chatarra-para-favorecer-a-presiones-de-sni/marlon/> Último acceso: 22/12/17.

comercial y sus ingresos, que ya tienen un espacio ganado en el parlamento, con las nuevas propuesta de modificación legal. El conjunto de medidas paternalistas es una amenaza clara a sus intereses. La salud de los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos; y el razonable deber y la necesidad de protegerlos de ellos mismos todavía es un asunto controvertido.

Hay muchas cuestiones no resueltas en este debate<sup>16</sup>. No queda claro cuál debería ser el papel y peso que deben cumplir las restricciones a los beneficiarios de la política sanitaria, así como las afectaciones a terceros, como las empresas productoras de alimentos procesados. Es razonable preguntarse si la restricción del conjunto de libertades para realizar publicidad debe ser lo más importante o lo único a considerar para ver como incorrecta en este extremo a la Ley de comida chatarra. Tampoco queda claro por qué, pese a que uno pueda reconocer y demostrar que las personas (adultos y menores de edad) poseen límites en su capacidad de auto-regulación para tomar decisiones racionales y auto-controladas, esto podría ser irrelevante en el proceso de evaluar una política sanitaria. O de serlo, cuál debería ser el peso y alcance que ocupe en el razonamiento evaluativo.

Un punto clave adicional está vinculado con el proceso de diseño e implementación de la política. Uno tendría que cuestionarse si las acciones del empresariado peruano fueron correctas, y si hay forma de revertir o contrarrestar la ofensiva de este grupo en contra de la política sanitaria estudiada. Por suerte, y pese a que reglamentar la Ley fue algo largamente postergado, la especificación de sus disposiciones pudo culminar, aunque a un alto costo si uno considera la delación y los plazos de vigencia de aspectos claves. La cuestión de cómo debería ser el proceso de diseño en clave democrática es todavía un tema pendiente, que uno debería al menos considerar a la hora de discutir sobre qué es necesario para validar una política paternalista en salud.

Es razonable también preguntarse hasta qué punto uno puede esperar que las medidas paternalistas sean suficientes o idóneas para resolver problemas de salud. Muchos de los detractores de la Ley de comida chatarra afirmaron que las medidas descansaban en una cuestionable relación de causa-efecto. En algunos casos, se sostuvo que el problema no es de hábitos o de limitaciones de auto-regulación, sino un tema de pobreza, de desigualdad material o poco crecimiento. La cuestión sobre el papel del paternalismo en el espectro de alternativas de intervención sanitaria, sea en el campo médico o de salud pública, es algo que merece ser discutido.

También es importante zanjar esta contraofensiva típica de muchos libertarios que sostienen que el Estado no debería inmiscuirse en la vida de los demás porque cada uno es el mejor juez de sus propios intereses (o el de sus hijos). O la también vieja afirmación de que el Estado siempre generará más daño que bien cuando trata de ayudar a las personas de sí mismas. Rastrear estas cuestiones en la historia del pensamiento liberal y averiguar si realmente tienen el peso y alcance que muchos afirman, cada vez que el Estado tiene la intención de ayudar a las personas de sí mismas, es un tema que debe ser solucionado con miras a que sea de forma definitiva. No es posible avanzar de forma ordenada si cuestiones tan fundamentales no han sido todavía resueltas al menos de forma casi (o razonablemente) aproximada.

Otra cuestión que merecería una discusión seria es preguntarse cuál es la forma correcta de entender el paternalismo. Si uno lee o escucha de otro que cierta o (esta) “política sanitaria es paternalista”, no es descabellado interpretar que dicha persona está desaprobando la

---

<sup>16</sup> Aunque debe afirmarse que el trabajo de Cecilia O’Neill (2013) aborda de forma bastante adecuada la discusión la política paternalista plasmada en la Ley, aunque uno discrepe de lo sostenido por esta autora. Otros trabajos que han hecho aportes importantes en ese sentido en la literatura académica peruana son los trabajos de Miguel León (2013) y Oscar Sumar (2013).

medida por el mero hecho poseer dicho rasgo<sup>17</sup>. Es decir, que ser paternalista es una razón suficiente para mostrar un rechazo automático y total. Pero esto no necesariamente será así. Muchos podrían reconocer que en efecto se trata de una política sanitaria paternalista, pero de ahí no se sigue que esta sea incorrecta. El problema es que si esto es posible, primero habría que acordar si es posible validar estas medidas en algunos casos y luego, de forma sumamente precisa, determinar una definición que tienda a la neutralidad.

Y este es uno de los problemas más difíciles alrededor de la cuestión del paternalismo. En el proceso de discutir en qué casos o bajo qué condiciones estas medidas son justificadas, primero hay que asegurarse de ofrecer y justificar una definición precisa, bajo el entendido que sí existen algunos espacios de legitimidad para esta clase de intervenciones. Pero antes de eso, de discutir bajo la sombra de un concepto definitivo, primero hay que preguntarse si estas intervenciones alguna vez podrían justificarse. De ser afirmativa la respuesta, habrá que elaborar una definición que sea lo suficientemente neutral para distinguir el ejercicio de identificar si una medida es paternalista del ejercicio de determinar si esta es correcta, siguiendo algún sistema de tesis, principios y reglas. Se trata entonces de un ejercicio triple: i) asegurarse que existen espacios legítimos para el paternalismo, ii) encontrar o elaborar una definición precisa y iii) determinar los requisitos, condiciones, pautas o características que una medida debe poseer para estar justificada.

Hay todavía más preguntas que podrían formularse. Por ello, la presente investigación tiene como objetivo estudiar todos estos problemas, con el fin de comprender mejor la cuestión del paternalismo dirigido a abordar problemas de salud. Los problemas de salud estudiados aquí no se restringen al ejemplo presentado en esta introducción, es decir, a problemas de salud pública. Se trata también de estudiar la cuestión del paternalismo en el campo médico, donde de hecho es que se originó el debate sobre esta clase de intervenciones en el espacio sanitario.

Por ello, el objetivo central y final de esta investigación es elaborar, desde el enfoque de capacidades (EC), un artefacto evaluativo que ayude a determinar si una medida concreta es compatible (o justificada<sup>18</sup>) con este. Se trata de derivar un conjunto de pautas, criterios, requisitos o puntos de partida (como prefiera llamarse), a partir de principios normativos extraídos del enfoque, que deben ser satisfechos o fuertemente considerados para determinar que una medida paternalista en salud se justifica, considerando el marco analítico y evaluativo del enfoque. Por *paternalismo en salud* se aludirá, de forma simplificada, a toda

---

<sup>17</sup> Si alguien lee que el Reglamento “persistió en la forma paternalista de etiquetado establecida en la Ley” o que esta política es “una clara forma de paternalismo informativo” (como se ha dicho exactamente así párrafos atrás) no se le puede culpar de pensar que esta investigación sostendrá una posición en contra del paternalismo. Pensar eso comprueba el punto dicho arriba, de que el paternalismo suele ser entendido (o sentido) como una palabra negativa o despectiva, un disfemismo. Pero no, en esta investigación se parte de la premisa que hay espacios legítimos para intervenciones paternalistas en salud, y que el enfoque de capacidades puede ayudar a descubrir cómo y cuáles medidas poseen dicha legitimidad.

<sup>18</sup> El término “justificación” posee variadas acepciones. Siguiendo a Gascón y García Figueroa, habría tres tipos de alusión sobre la idea de justificación:

“a) justificación sensu largissimo, [la cual] consiste en dar razones que fundamenten tanto enunciados descriptivos como normativos [...], b) justificación sensu largo, [que] consiste en dar razones en favor de un enunciado normativo de acuerdo con algún sistema normativo vigente [...] c) justificación sensu stricto [que] consiste en dar razones en favor de un enunciado normativo a partir de un sistema justificatorio correcto” (2003: 145 y 146).

Aquí se entenderá por *justificación* lo mencionado tanto en la segunda como en la tercera acepción. Asimismo, vale la pena indicar, como sostienen los autores antes mencionados, que “afirmar que una decisión [una medida paternalista] está justificada no significa que esté absolutamente justificada. La justificación siempre es relativa a su sistema de justificación” (2003: 146). El empleo de términos como *compatibilidad*, *legitimidad*, *validez*, *corrección*, entre otros análogos pueden ser considerados como intercambiables, hasta donde sea posible. El sistema de justificación a ser empleado es el conjunto de tesis normativas e interdependientes derivables del enfoque de capacidades y relevantes para la discusión del paternalismo en salud.

intervención que tiene como objetivo ayudar a que uno o varios individuos lleven o dejen de llevar a cabo conductas (acciones u omisiones, voluntarias o involuntarias) por el bien de su propia salud. Se trata, en términos abreviados, de proteger la salud de las personas de ellas mismas.

El enfoque de capacidades sostiene como tesis principal que el desarrollo consiste en la expansión de las libertades de las personas (Sen 2000: 19) para que elijan las distintas concepciones de la vida que tienen razones para valorar. Dentro de esta propuesta, la salud individual ha sido considerada (explícita o implícitamente) como un elemento importante en el logro del desarrollo humano, aunque bajo diversas concepciones, siendo dos (02) las más elaboradas. Según la primera, capacidad en salud constituye dimensión del bienestar humano y puede ser definida como la habilidad de las personas para realizar elecciones en salud (Ruger 2010: 42). La segunda concepción considera que la capacidad en salud debe ser entendida como aquella capacidad esencial y previa (o anterior a todas las demás) para el desarrollo de todos los objetivos vitales que las personas opten por perseguir (Venkatapuram 2011 y 2013).

Más allá de las concepciones existentes en el ámbito de la salud, el EC considera que las personas deben tener garantizadas las oportunidades mínimas para elegir el plan de vida que tienen razones para valorar. La expansión de libertades tiene como objetivo incrementar los estilos de vida que una persona pueda elegir. El que finalmente sea realizado por el individuo debe ser el más aproximado a su propia concepción de lo que es una vida buena. Este compromiso con la libertad individual, en tanto garantiza la pluralidad de alternativas de vivir, conlleva a sostener que los gobiernos no deberían emplear políticas paternalistas en el ámbito de la salud para aumentar la adopción de hábitos sanos (Nussbaum 2012: 46).

No obstante, los propios partidarios del enfoque han reconocido que es plausible justificar ciertas medidas paternalistas (especialmente en el campo de la salud). Pese a dicho reconocimiento y al tratamiento breve del paternalismo en salud que se ha dado desde el enfoque (Ruger 2009: 155-157), no se ha propuesto nada cercanamente exhaustivo para la justificación de medidas sanitarias concretas con este rasgo. Lo que se ha afirmado es que estas deben someterse al escrutinio del proceso democrático (Nussbaum 2000a: 95) y que no deben atentar contra la dignidad humana (Venkatapuram 2011: 138; Nussbaum 2012: 47), entre otras condiciones, ofrecida en estudios específicos alrededor de este tema (Cfr. Claassen 2014).

El paternalismo, sin embargo, y como se ha visto en el ejemplo presentado en esta introducción, es una de las medidas menos apreciadas en la discusión sobre las diversas formas de intervenciones sobre los individuos. El término mismo suele ser usado en forma despectiva. Es usual que uno escuche el empleo del término para acusar a las personas de ser paternalistas, como si cualquier intento de ayudar a alguien de sí mismo siempre fuera reprochable (Feinberg 1986: 4). El término también provoca una impresión negativa en las personas porque está fuertemente asociada a la relación padre-hijo (la raíz del término no puede esconderse). Por esa razón, muchas personas sostienen que cuando el Estado o la sociedad intervienen paternalistamente sobre los demás, en especial sobre los adultos, está tratándolos como si fueran menores de edad, sujetos a su potestad (Conly 2013: 41).

El paternalismo sigue siendo rechazado por muchos académicos liberales y muchas veces por la población en general cuando están dirigidas a personas adultas. En casi todas las objeciones se ha sostenido que este tipo de medidas interfiere injustificadamente sobre la libertad y/o la autonomía de las personas tratadas paternalistamente, es decir, sobre las restricciones (entendidas como eliminación de permisos) jurídicas o sociales para realizar una acción u omisión específica o afectando la capacidad de formarse y ejecutar un plan de vida que tienen razones para valorar.

No obstante estas objeciones, existen una gran cantidad de medidas de esta naturaleza dispersas en las sociedades democráticas actuales. Ejemplos de ello estarían la prohibición de venta de cigarrillos en cajetillas de pocas unidades, de comprar ciertos medicamentos sin prescripción médica, la inmovilización mecánica o química efectuada para que pacientes psiquiátricos no se dañen gravemente a sí mismos, o la colocación de mástiles con banderas de color rojo en las playas con altas mareas, para evitar que los bañistas acudan a dichas playas, entre otros muchos ejemplos. No parece razonable exigir que estas medidas sean desmanteladas o invalidadas en todos los casos, en el entendido que uno siempre (o generalmente) es el mejor juez de sus propios intereses, o que atenta contra las libertades de terceros que ven restringidas sus oportunidades económicas.

Tampoco parece difícil que estas regulaciones puedan ser justificadas. Seguramente, un ejercicio intuitivo podría llevar a demostrar por qué estas son razonables. Pero no todas las intervenciones son tan fáciles de justificar. El ejemplo de la regulación de alimentos saludables muestra que es posible encontrar espacios controvertidos, que colocan en jaque las posibilidades de asegurar la salud de las personas de sus actos auto-lesivos. Otros ejemplos serían las terapias quirúrgicas polémicas, como la amputación de extremidades sanas en personas que padecen de un trastorno de identidad que les impide reconocer una o varias de sus extremidades como suyas; la prohibición de drogas blandas no artificiales para fines recreativos; o la reducción de puntos de venta de productos dañinos para la salud, como los cigarrillos. En estos casos, se necesita un mecanismo más refinado para despejar todas las dudas que razonablemente cualquiera pueda tener.

Ante esta disputa sobre la justificación del paternalismo, el EC, que no solo es útil para el urgente e importante estudio y abordaje de la pobreza, sino en general, para evaluar diversas formas de políticas e intervenciones en general (Venkatapuram 2011: 124) podría ofrecer algunas luces y pautas sumamente valiosas. En particular, el rico marco analítico y normativo que posee, reconocido en el campo de la ética de la salud (Beauchamp y Childress 2013: 258 y ss.) tendría el potencial de ofrecer una mirada novedosa a la discusión del paternalismo, la cual, como ya se ha mencionado, ha sido en parte estudiada por algunos estudiosos de este enfoque. En todo caso, el enfoque podría resaltar algunos aspectos que otras propuestas han ignorado. Por ejemplo, resulta importante definir de forma mucho más específica el papel de la agencia y de los factores de conversión (elementos distintivos del enfoque) en la discusión del paternalismo en salud, que se verá a lo largo de este trabajo.

Un problema adicional con la cuestión del paternalismo es que todavía no queda claro a qué se refiere alguien cuando alude a esta clase de intervenciones, como ya se ha mencionado líneas atrás. El paternalismo todavía es un concepto controvertido (Le Grand y New 2015). De hecho, si uno revisa la literatura actual, diversos autores tienen cada uno una propuesta de concepto de paternalismo, en muchos casos bastante divergentes entre sí (Cfr. Dworkin 2013). Este problema, que tampoco ha sido solucionado desde el enfoque de capacidades, merece ser resuelto para avanzar en hacia el objetivo principal de esta investigación.

Por esa razón, considerando todos los problemas mostrados hasta ahora, la presente investigación es de naturaleza teórica. Se compone de dos (02) ejercicios: uno analítico y otro normativo. El analítico estará enfocado en dos ejercicios: i) la descomposición de los elementos que conforman el EC y su aplicación en el campo de la salud y ii) la elaboración de una noción de paternalismo tomando en cuenta los elementos conceptuales del enfoque y considerando los debates más importantes desde la literatura especializada sobre este tema. El aspecto normativo estará enfocado en un ejercicio triple: i) la revisión de las principales tesis normativas del EC sobre la cuestión del paternalismo (así como algunos antecedentes importantes), ii) los estudios del enfoque aplicados a la cuestión de la salud, y que puedan ser relevantes para la discusión del paternalismo, y la iii) elaboración de premisas que ayuden a determinar la compatibilidad de intervenciones paternalistas en salud concretas con el enfoque.

Esta investigación empleará una pequeña cantidad de casos de intervenciones paternalistas llevadas a cabo en todo el mundo, ya sea en forma de experiencias de políticas públicas, decisiones jurisdiccionales, entre otras. Muchas de estas medidas han sido evaluadas desde el Derecho, a través de cortes o por revisiones críticas elaboradas por un jurista. Hacer esto tiene como propósito facilitar la comprensión de algunos puntos de esta investigación. El caso que aparecerá en varios momentos, ya sea en las notas a pie de página o en el cuerpo central de este escrito, es el presentado en esta introducción, para dar un poco más de sistematicidad a lo estudiado aquí. Finalmente, en esta investigación no se realizará una integración entre el Derecho y la propuesta del EC para la comprensión del paternalismo en salud, dado que no es necesaria para el propósito aquí perseguido<sup>19</sup>.

Por otro lado, son cuatro (04) las razones que motivan esta investigación y le otorgan pertinencia. En primer lugar, existen varias medidas paternalistas vigentes en prácticamente en todas las sociedades liberales. Estas medidas atraviesan diversos ámbitos sociales, como el económico, médico, escolar, etc. El EC no ha sido completamente ajeno a esta cuestión y se ha sumado (aunque de forma limitada) en el debate sobre el concepto, función y justificación del paternalismo (en salud).

En segundo lugar, vale resaltar que en todas las propuestas generales sobre el enfoque de capacidades la salud juega un papel muy importante, y es considerada por muchos como una capacidad básica (Sen 2000b: 56) o como elemento común de varias capacidades centrales (Nussbaum 2007: 88). Por ejemplo, según Nussbaum (2000a: 95), “la salud y la integridad física son tan importantes con relación a las otras capacidades que son áreas legítimas para la interferencias”, admitiendo a la vez cierta validez del paternalismo en salud. Asimismo, la importancia de la salud ha motivado a que exista un desarrollo temático dentro del enfoque para esta capacidad.

Existen en la actualidad dos (02) grandes propuestas del EC aplicados al campo de la salud. Una propuesta de aplicación del EC al campo de la salud considera que la capacidad en salud constituye dimensión del bienestar humano y puede ser definida como la habilidad de las personas para realizar elecciones en salud (Ruger 2009; 2010: 42). Otra propuesta considera que la capacidad en salud debe ser entendida como aquella capacidad esencial y previa (o anterior a todas las demás) para el desarrollo de todos los objetivos vitales que las personas opten por perseguir (Venkatapuram 2011 y 2013).

Una tercera justificación para esta investigación radica en que ninguno de los aportes del enfoque mencionados ha considerado de forma integral la producción académica sobre el paternalismo que se ha desarrollado desde distintas disciplinas, como la ética biomédica, el derecho, la psicología y la neurociencia, etc. De hecho, la gran mayoría de bibliografía empleada en las investigaciones del enfoque sobre esta cuestión, salvo pocas excepciones, se basan en trabajos realizados en la década de los 70's y 80's del siglo XX, especialmente los trabajos de Gerald Dworkin (1983a) y Joel Feinberg (1983 y 1986).

Esto, sumado a que desde el EC el paternalismo ha sido estudiado en forma general, es decir, sin analizar exhaustivamente una (clase de) intervención paternalista en particular, permite concluir que aún hay espacio para aportar a este debate. La ausencia de

---

<sup>19</sup> Si se considera que las discusiones de ética de salud pública y bioética pueden nutrirse de las tesis del enfoque de capacidades, y que aquellas disciplinas se han caracterizado por poseer una unidad metodológica con el derecho (Atienza 2010), entonces no parece difícil sostener que estas tesis del EC pueden, luego de un ajuste interpretativo inevitable, servir como contenido para muchos principios jurídico-constitucionales, como el principio de dignidad, la libertad general de acción, el derecho a la salud, entre otros. Desarrollar estos espacios de integración ciertamente rebasa los objetivos de esta investigación, y por ello no serán tratados aquí.

investigaciones sobre el paternalismo y el EC en el campo de salud<sup>20</sup>, sumada a la importancia de la capacidad y funcionamiento en salud dentro de esta propuesta normativa aumenta las razones para abordar el paternalismo en el campo sanitario (médico y de salud pública).

En cuarto y último lugar, el EC aporta al debate sobre la discusión al paternalismo, y en especial al paternalismo en salud. Además de ser una propuesta normativa integral sobre el desarrollo humano, el EC posee muchos elementos conceptuales importantes que ofrece una mirada crítica distinta a la discusión sobre la justificación del paternalismo, todavía vigente. Elementos como la autonomía y la agencia individual, la promoción de capacidades frente a funcionamientos, la posibilidad de determinar umbrales, el rechazo al fomento de emociones negativas como la vergüenza (Nussbaum 2006), entre otros temas, ayudarían a ofrecer la introducción de un término y concepto de paternalismo desde el enfoque. De esta forma se evitaría la carga peyorativa que usualmente se atribuye a alguien cuando se lo proyecta como paternalista y a la vez, permitiendo un concepto que ayude a mejorar la discusión desde el EC sobre su compatibilidad.

El principal objetivo de esta investigación, como ya se ha mencionado, es determinar qué características necesarias debe poseer o que pautas deben considerarse para que una intervención paternalista en salud sea compatible con el enfoque de capacidades. Estas pautas o características serían derivadas de principios normativos extraídos a su vez de las principales tesis del enfoque, aquellas que sean distintivamente relevantes para la discusión sobre el paternalismo en salud.

Por ello, la hipótesis de trabajo será la siguiente: una intervención paternalista en salud puede ser válida si es que al menos posee (o tome en consideración) algunas características (pautas). En primer lugar, debe considerarse el conjunto capacidad restringido de los beneficiarios y otros afectados como consecuencia de la intervención. En segundo lugar, debería demostrarse que los beneficiarios poseen limitaciones en su capacidad de auto-regulación para evitar la conducta auto-lesiva. En tercer lugar, quien interviene debe haber considerado otras alternativas no excluyentes para abordar el problema de salud producido en parte por la conducta auto-lesiva del beneficiario. En cuarto lugar, debería considerar las preferencias el beneficiario. En quinto lugar, la conducta auto-lesiva debe generar daños considerables a la salud de los beneficiarios de la intervención. Finalmente, es importante someter las medidas a un proceso de deliberación que implique la existencia de un órgano colegiado legitimado democráticamente.

La presente investigación se servirá del enfoque de las capacidades, específicamente, las propuestas elaboradas por Martha Nussbaum (2000a; 2000b; 2007 y 2012) y Amartya Sen (2000a; 2000b y 2009). Asimismo, utilizará las propuestas que aplican el enfoque de las capacidades aplicado a cuestiones de salud elaboradas por Jennifer Prah Ruger (2009) y Sridhar Venkatapuram (2011). Estas últimas investigaciones, si bien han avanzado en el proceso de especificación en el estudio de las capacidades y funcionamiento en salud han obviado incluir (salvo Ruger, quien realiza un análisis breve al estudio del paternalismo en salud) un apartado dedicado a la comprensión del paternalismo. Esta investigación ofrecerá un pequeño aporte en esa dirección.

Por otra parte, se utilizarán las propuestas teóricas sobre el concepto y la justificación del paternalismo elaboradas por Macario Alemany (2005a; 2005b), Cass Sunstein (2003; 2009; 2013 y 2014), Richard Thaler (2003; 2009), Sarah Conly (2013) y el trabajo conjunto de

---

<sup>20</sup> El enfoque de capacidades tiene un futuro promisorio en las discusiones normativas en el campo de la salud. Tom Beauchamp y James Childress, dos de los grandes y primeros teóricos en la bioética, han llegado a sostener que la propuesta normativa del EC tiene un potencial reorientador e innovador en las discusiones sobre la ética de las decisiones en el campo sanitario (Beauchamp y Childress 2013: 258 y 259), las cuales incluyen la discusión del paternalismo en el terreno de la salud.

Julian Le Grand y Bill New (2015). En el campo de la salud, se incluirían las discusiones sobre el paternalismo médico y de salud pública, resaltando las propuestas de Buchanan (1978 y 1983), de Lora (2008), Alemany (2011), Friedman (2014) y Gostin (2007; 2009), entre otros.

En primer lugar, se realizará una breve constatación sobre la existencia de espacios de legitimidad del paternalismo dentro del enfoque de capacidades. Para ello se hará un breve estudio sobre dos (02) autores previos al enfoque que constituyen referentes de esta propuesta sobre el desarrollo humano: John Stuart Mill y John Rawls. El primero además es un referente en el estudio del paternalismo en clave de la historia del pensamiento filosófico. Rawls por su parte realizó un breve pero importante trabajo sobre el paternalismo en su teoría de la justicia. Asimismo, se incluirá un breve mapeo de todos aquellos elementos distintivos del enfoque de capacidades que sean útiles para la discusión del paternalismo. Finalmente, se estudiarán las diversas investigaciones realizadas desde el enfoque sobre la cuestión del paternalismo, para confirmar el punto mencionado al inicio de este párrafo.

En segundo lugar, se considerará la distinción analítica sobre el concepto y la justificación del paternalismo, a fin de promover una discusión des-sesgada de esta cuestión. Con respecto al primer punto (el concepto de paternalismo) se consideraran todos los enfoques y pautas existentes para establecer una definición neutral de paternalismo en salud, de tal forma que ayude a despejar cualquier elemento valorativo innecesario en la discusión y así evitar una discusión sesgada alrededor del paternalismo. Esto también será de mucha utilidad para elaborar una definición empleando los elementos conceptuales del enfoque de capacidades. La idea es crear una definición de paternalismo en salud que pueda ser leída desde este enfoque y así avanzar hacia el propósito de esta investigación.

En tercer lugar, se emplearán todas las clasificaciones o tipologías (paternalismo de medios, débil, blando, etc.) que se han elaborado sobre las intervenciones paternalistas elaboradas, dado que éstas son útiles para la discusión sobre la justificación de medidas concretas (Cfr Cornejo 2016: 276). La idea es que estas clasificaciones ofrezcan una mayor grado de especificación y sirvan para determinar qué tipos generales de intervenciones son compatibles con el enfoque de capacidades. La elaboración de esta etapa del trabajo se hará sobre la base de las concepciones de la salud desarrolladas desde el enfoque, específicamente, las propuestas trabajadas por Venkatapuram y Ruger.

En cuarto lugar, la discusión desde la filosofía moral y jurídica posee algunos elementos conceptuales que también son considerados en el EC y que son sumamente relevantes para el objetivo central de este trabajo. De esta forma, valores como la *autonomía*, *libertad* y *bienestar* son elementos que también pertenecen al enfoque, por lo que se confirma la posibilidad y ventaja de hallar un margen de integración entre ambos campos de conocimiento (desarrollo humano, filosofía moral y jurídica), asegurando la emergencia de una propuesta coherente con lo desarrollado por estos campos de estudio.

Esta investigación, como ya se mencionó en los agradecimientos, forma parte de un intento mayor de entender la cuestión del paternalismo en salud. De hecho, este trabajo se ha basado en proyecto anterior, donde se estudió exhaustivamente sobre las posibilidades del paternalismo en salud pública desde el Derecho (Cfr. Cornejo 2016). Muchísimas de las consideraciones aquí mencionadas responden a ese ejercicio. No obstante, la mirada de todos los problemas será determinada por el marco analítico y normativo del enfoque de capacidades, que, como ya se ha mencionado, puede aportar en este importante debate.

## CAPITULO I: LA LEGITIMIDAD GENERAL DEL PATERNALISMO EN EL ENFOQUE DE CAPACIDADES

El presente capítulo tiene como objetivo mostrar que el enfoque de capacidades (EC) admite la incorporación del paternalismo como una forma legítima de intervención. De esta forma se busca asentar el terreno (o en otros términos, despejar cualquier duda en relación a esta controversia) para profundizar en la discusión sobre el paternalismo en salud y determinar qué requisitos mínimos (o pautas) deben poseer (o seguir) estas intervenciones para ser compatibles como el EC, cuestión que se verá en el último capítulo.

El presente capítulo está compuesto de tres (03) partes. En primer lugar, se hará una breve e importante mención a dos (02) autores referentes en la historia del pensamiento liberal, a saber, John Rawls y John Stuart Mill. Ambos son considerados en este capítulo dado que han sido usualmente mencionados por los académicos especializados en el EC y porque ambos han llevado a cabo pequeñas aunque importantes discusiones sobre los límites de la intervención de la sociedad e instituciones sobre los individuos por su propio bien. En segundo lugar, se hará una breve mención al EC y sus componentes más importantes. Se trata de mostrar aquellos elementos que son sumamente útiles y necesarios para integrar la discusión contemporánea sobre el paternalismo con el marco analítico y evaluativo que el enfoque propone. Finalmente, se desarrollará la discusión llevado a cabo desde el EC sobre el paternalismo, para de esta forma concluir que en efecto el enfoque reconoce que en muchos casos la existencia de intervenciones paternalistas legítimas. Ello obviamente no supone afirmar que toda medida de esta naturaleza es justificada.

Para facilitar la discusión y comprensión de lo sostenido en este capítulo, se introducirá un concepto provisional de paternalismo. Se preferirá además una definición abreviada y empleada alguna vez desde el EC. En ese sentido, por paternalismo se entenderá a toda interferencia que se basa en la tesis de que “la libertad y autonomía de un adulto puede ser restringida por su propio bien” (Deneulin 2002: 499). El desarrollo de un concepto más adecuado de paternalismo que incorpore los elementos conceptuales del enfoque de capacidades se llevará a cabo en el segundo capítulo.

### 1.1. Antes del enfoque: el paternalismo en John Stuart Mill y John Rawls

Una gran proporción de investigaciones sobre el paternalismo en la literatura especializada han incluido una mención de las tesis sostenidas por John Stuart Mill. En su famoso ensayo *On Liberty*, Mill explora sus fundamentos sobre los límites de la intervención del gobierno, incluyendo (aunque no expresamente) algunos elementos de juicio valiosos para la comprensión de la justificación del paternalismo hoy en día. John Rawls por su parte fue uno de los filósofos políticos más importantes del siglo XX. Sus investigaciones sobre la naturaleza de la justicia y su implementación en las democracias contemporáneas son un punto de partida recurrente en muchas de las investigaciones del ramo. Por suerte, Rawls también llevó a cabo una pequeña discusión sobre el paternalismo en su gran obra *A Theory of Justice*, tratando de hacer compatible estas clases de intervenciones con su propuesta sobre la justicia.

Ambos autores, a la vez, han sido el foco de discusión de los académicos más prominentes del EC. En efecto, Martha Nussbaum y Amartya Sen han dialogado tanto con Mill como con Rawls para desarrollar el enfoque, ya sea considerando parte de sus argumentos o criticándolos, para mostrar la fortaleza que el enfoque posee respecto de su propuesta. De parte de Nussbaum, considérese por ejemplo el desarrollo de la lista de capacidades centrales como una teoría parcial de la justicia, que podría desplazar el foco de atención en

los bienes primarios<sup>21</sup> propuestos por Rawls, aunque manteniendo la propuesta de buscar un consenso entrecruzado siguiendo la tesis de la concepción política de la justicia de este autor (Nussbaum 2007). Tómese en cuenta además el constante diálogo de esta autora con la obra de John Stuart Mill sobre el sometimiento de las mujeres (Mill 2010) para así defender la necesidad de abordar el problema de la adaptación de sus preferencias ante las restricciones políticas, económicas y culturales (Nussbaum 2002: pp. 197 y ss.); una forma de fortalecer el EC ante las críticas anti-paternalistas (u en otros términos, *anti-objetivistas*, como se explicará brevemente en el próximo capítulo).

En un sentido similar, Sen ha ofrecido varias críticas a las tesis Rawls, y de hecho fue a través de una de estas críticas que el enfoque se introdujo en la discusión académica. Su famoso ensayo sobre el contenido de la igualdad (Sen 1979) fue uno de los primeros y más importantes intentos de atacar la pertinencia y suficiencia de los bienes primarios como elementos constitutivos de una concepción de la justicia, en tanto, a juicio de Sen, el foco de atención normativo debería no estar sobre los medios para el bienestar, sino en los fines que estos tratan de satisfacer a través de la auto-determinación de los individuos. Sen también ha mencionado a John Stuart Mill en sus discusiones sobre los límites del utilitarismo (Sen 1979: 205-216; 2000b: 80-82; 2009: 299-320) para así fortalecer el valor evaluativo del enfoque.

Discutir las posiciones de ambos autores sobre el paternalismo permitirá arrojar algunas luces sobre las posibilidades de justificar medidas concretas paternalistas desde el EC. No debe olvidarse que el enfoque está comprendido dentro del pensamiento político liberal<sup>22</sup> (Robeyns 2005) al cual Mill y Rawls también se encuentran adscritos. Asimismo, el desarrollo de este gran apartado permitirá demostrar que el paternalismo no ha sido una medida plenamente rechazada en la historia del liberalismo. De hecho, como se verá más abajo, ambos autores reconocieron la validez de esta clase de intervenciones dentro de sus respectivas propuestas. Finalmente, existe una necesidad de mantener y reconocer la importancia de la línea histórica en la discusión sobre el tema al considerar a ambos autores.

#### 1.1.1. El presunto anti-paternalismo de John Stuart Mill<sup>23</sup>

Se considera que uno de los más importantes rechazos al paternalismo puede rastrearse en el siglo XIX a través del pensamiento de John Stuart Mill. Según su famoso *principio de daño*:

“La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso

---

<sup>21</sup> Los *bienes primarios* son aquellos un conjunto de libertades, oportunidades, riquezas, poderes, etc. que todo individuo de una comunidad liberal debería poseer. Esto es así porque son (o suelen ser) necesarios porque son bastante independientes de una concepción de la vida buena en particular (Rawls 2010: 95).

<sup>22</sup> Aquí se entenderá por liberalismo a aquella corriente del pensamiento filosófico-político que sostiene que las instituciones son justas si es que reconoce las diversas concepciones del bien (o formas de florecer, para mantener constante la literatura del EC) que abrazan sus miembros (Gutmann 1980: 350) o en general, sujetos con personalidad (o relevancia) moral; y crea las condiciones necesarias para que estas concepciones (o formas de florecer) se realicen en la mayor medida de lo posible. Esto se logra incorporando algún o algunos principios (Taylor 1993: 181), que no presupongan exhaustivamente ninguna idea de lo que es la buena vida. De aquí uno derivaría distintas versiones del liberalismo, dentro de un espectro que va desde las tesis pasivas hacia las activas. Siguiendo a Nino, “el liberalismo pasivo o clásico [...] es partidario del Estado mínimo o gendarme, y [por otro lado] el liberalismo activo o igualitario [...] propugna un Estado comprometido con la promoción de la autonomía de los menos favorecidos” (2007: 314). Es importante aclarar que la definición empleada aquí debe interpretarse en el sentido más laxo posible, de tal forma que pueda incorporar los casos de las personas con graves discapacidades físicas y mentales, así como a los animales no humanos.

<sup>23</sup> La discusión sobre el pensamiento de John Stuart Mill alrededor del paternalismo ha sido desarrollada de forma más detallada en otra reciente investigación (Cfr. Cornejo 2017). El contenido de este apartado ha sido elaborado tomando en consideración dicho trabajo.

fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo” (2009a: 68).

Es importante mencionar que Mill nunca se refirió expresamente a las intervenciones que restringen la autonomía (o agencia) y libertad de las personas por su propio bien como paternalistas. No obstante, el tratamiento que dio a esta clase de intervención es claro cuando de la lectura del principio de daño se aprecia la exclusión de validez a las intervenciones coercitivas y coactivas sobre un individuo por su propio bien.

Gerald Dworkin (1983a: 28) afirma que detrás del principio de daño subyacerían dos importantes líneas de argumentación. Según la primera, de tipo consecuencialista<sup>24</sup>, el paternalismo es incorrecto porque no es posible obtener utilidad alguna al intervenir sobre las acciones u omisiones de una persona por su propio bien. Por otro lado, en función a la segunda línea, la auto-determinación de un individuo posee un valor intrínseco que, aun presumiendo (o comprobando) que las personas no sean siempre los mejores jueces sobre lo que es mejor para ellas, impide que se pueda atender contra el principio de daño. La segunda línea argumentativa recoge una postura deontológica en contra del paternalismo<sup>25</sup>.

La primera línea de argumentación está compuesta también de dos (02) elementos. Según el primero “ni uno, ni varios individuos, están autorizados para decir a otra persona criatura humana de edad madura que no haga de su vida lo que más le convenga en vista de su propio beneficio” (Mill 2009a: 154). Si “cada uno es el guardián natural de su propia salud” (Mill 2009a: 72), entonces cualquier intento de intervenir en la salud de las personas sería injustificado. Este sería uno de los primeros rastros de la tesis, bastante conocida, de que cada persona es el mejor juez sobre lo que es su propio bien, una hipótesis que por cierto nunca absoluta en el pensamiento de Mill, como se verá luego. Defendida desde hace muchas décadas dentro de un sector de los estudios económicos<sup>26</sup>, ha sido un importante insumo para elaborar la propuesta subjetivista del bienestar, es decir, aquella tesis sobre el bien que considera que la base de información se encuentra, por ejemplo, en las preferencias de las personas.

Según el segundo elemento, “la humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándola a vivir a la manera de los demás” (Mill 2009a: 72). Pese a que uno pueda presumir que cada persona cometerá algún error a la hora de fijar y perseguir su idea del bien, “todos los errores que pueda cometer [...] están compensados con creces por el mal de permitir que los demás le impongan lo que ellos consideran beneficioso para él (Mill 2009a: 155). No importa la buena fe del gobierno, este siempre estará injustificado para ayudar a alguien por su propio bien. Sus medidas serían en todo momento inidóneas y traerían efectos adversos. Este argumento sería una especie de presunción costo-beneficio en contra de toda medida paternalista. Es así como se construyen los dos (02) elementos de la primera tesis o argumento anti-paternalista de Mill.

Esta primera tesis posee dos (02) características. La primera es que claramente subyace en ella una postura utilitarista, corriente abrazada por Mill<sup>27</sup>. El utilitarismo postula que los actos

---

<sup>24</sup> Aquí se definirá consecuencialismo como aquella postura que sostiene que las acciones deben ser evaluadas moralmente en función de los resultados que producen.

<sup>25</sup> Una argumentación deontológica supone que hay un criterio ético a priori y universalizable por el cual pueden ser justificadas las normas y conductas, y este es independiente de los resultados.

<sup>26</sup> La premisa del auto-interés para lograr obtener resultados que satisfagan el principio de utilidad trabajado por Mill y por Bentham “fue posteriormente utilizado por utilitaristas como, Jevons, Edgeworth, Walras y Cournot” (Alkire y Deneulin 2000: p. 6).

<sup>27</sup> El valor que John S. Mill otorga a la autonomía parece que colisiona con el principio clásico del utilitarismo (“la mayor felicidad para el mayor número de personas”), diseñado por su maestro Jeremy Bentham. Sin embargo, Mill también defendió el principio de utilidad (Rachels 2009: 152), de forma más elaborada y matizada que cualquier utilitarista anterior a él. Sen ha reconocido esta cualidad en el pensamiento de Mill. [fai](#)Para una revisión comparativa sobre las diferencias entre Bentham y Mill: Cfr. Sandel 2012: 42-70.

y las intervenciones sobre los individuos deben ser evaluadas en función de aumentar la utilidad de la comunidad<sup>28</sup>, y el resultado de estas es mayor que la de disminuirla (Guisán 2000: 470-471). La idea central es que uno debe hacer todo aquello que sirva para maximizar el bienestar (Hausman y Mcpherson 2007: 167) individual y colectivo. En ese sentido, el interés de la comunidad puede definirse como la suma de los intereses de los diversos individuos que la componen (Bentham 1973: 3).

Un importante presupuesto del utilitarismo es aquella tesis que sostiene que todos los individuos persiguen únicamente su propio bienestar, y buscan evadir cualquier estado o circunstancia que lo disminuya<sup>29</sup>. Esto tendría algunas implicancias para la justificación del paternalismo desde esta corriente del pensamiento político. Ello debido a que si las personas persiguen su propio bien y este aparentemente podría ser mejor conocido por ellos mismos que por otros (o en todo caso, es más fácil de que sea así), no es razonable ni sería eficaz perseguir mejoras sobre su bienestar protegiéndola de sus conductas auto-lesivas.

La segunda característica es que afirmar que las personas siempre (o casi siempre) escogen bien es ante todo una afirmación de tipo empírico, que merece tener evidencia para ser sostenida. Esto también es aplicable cuando el utilitarismo afirma que toda intervención paternalista siempre significará un resultado perjudicial que beneficioso. En ambos casos, para poder sostener de forma concluyente y por lo tanto mejor fundamentada, es necesario contar con cierto tipo de evidencia que respalde dicha afirmación en ese sentido.

La segunda línea o argumento anti-paternalista de Mill posee una naturaleza distinta a la primera. Esta es la defensa deontológica de la individualidad humana. El fuerte compromiso democrático de Mill, así como su preocupación directa sobre las personas le permitió reconocer el peligro que existía en el poder que una mayoría conservadora podría infligir sobre los demás. Mill (2009a: 61) temía la potencial tiranía del Estado, que con el apoyo social a través de la “proporción más numerosa o activa del pueblo, de la mayoría” podrían llegar a imponer “sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disientan de ellas; a ahogar el desenvolvimiento y, a impedir la formación de individualidades” (2009a: 62).

Esto constituyó una fuente de preocupación en Mill, en tanto mostró un profundo respeto por la capacidad de los individuos de perseguir lo mejor posible sus concepciones de lo bueno. Y esta valoración radicaba, no en los resultados que podría llevar sobre la utilidad general, ni sobre la idea de lo correcto (o justo) que podría haber detrás de dichas conductas elegidas autónomamente, sino porque era algo realizado por uno mismo, y por ello merecería valor (2009a: 142).

Pese a su tendencia utilitarista, parece que este fue el argumento más importante de Mill para rechazar el paternalismo. Este sería la tesis sobre el valor intrínseco de la autonomía<sup>30</sup>, que prevalecería pese a los errores que el individuo pueda cometer a la hora de identificar o perseguir lo que es bueno para él (Mill 2009a: 155). Es interesante rescatar que para

---

<sup>28</sup> El utilitarismo posee una triple composición (Sen 2000b: 81-82). El primer componente sería la evaluación consecuencialista. El segundo es el logro de bienestar. Finalmente, en tercer lugar, está el componente más polémico: la valoración agregativa, es decir, la utilidad debe ser considerada en función al bienestar total de los miembros de una comunidad particular.

<sup>29</sup> Según Bentham “la naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el dominio de dos amos soberanos: el dolor y el placer. Es debido a estos únicamente por los que se determina lo que vamos a hacer. Por un lado, como un estándar sobre lo correcto e incorrecto, y por otro lado como cadena [de las causas y consecuencias [...] Ellas nos gobiernan en todo lo que hacemos, decimos y pensamos: y cualquier esfuerzo por desembarazarnos de su sometimiento tan solo servirá para demostrarlo y confirmarlo” (1973: 1).

<sup>30</sup> El concepto de *autonomía* (*autonomy*) nunca tuvo alguna mención en su ensayo sobre la libertad. Pero muchos intérpretes de Mill están a favor de que la defensa de la individualidad está asociada con la noción “de que el individuo tiene un derecho a planear y regular su vida, siendo por lo tanto un soberano sobre ella” (Le Grand y New 2015: 105).

sostener esta idea Mill tuvo que debilitar o relajar su primera línea argumentativa, cuando admite que es posible determinar que una decisión sea mejor que otra o que las personas cometen errores. No obstante ello, el bienestar no podría desplazar el valor de la autonomía. Así, de esta forma, Mill abraza “el cultivo de uno mismo, fundado en los valores y el carácter” (Conly 2013: 54) como una dimensión clave para su teoría.

La suma de estas dos líneas de argumentación representa la interpretación clásica de la postura anti-paternalista de Mill, establecida en el principio de daño y usada por muchos de los opositores al paternalismo (que citan a Mill). No obstante, y pese a su aparente fortaleza y coherencia, Mill no tuvo reparos en admitir la validez de muchas medidas paternalistas. Y eso se debe a que existen dos (02) puntos (interdependientes) en toda su obra que ayudan a confirmar esta hipótesis: la interpretación de la libertad y la mención expresa de varias excepciones al principio de daño, varias de ellas de tipo paternalista.

En primer lugar, todo parece indicar que Mill entendió la libertad en el sentido de autonomía o *libertad positiva*<sup>31</sup>. En segundo lugar, y conectada a la anterior, Mill reconoce la existencia de circunstancias que afectan las decisiones y acciones humanas, que habilitan la aplicación del principio de paternalismo. Confirmar esto en el pensamiento de Mill permite concluir también que ha existido una interpretación deficiente del principio de daño: el alcance del principio ha sido confundido con su peso relativo o importancia. Este “no dice nada sobre la forma en que ha de distribuir el gobierno los recursos escasos, como los ingresos, la seguridad o el poder, ni siquiera de cómo ha de decidir cuándo se debe limitar la libertad en aras de algún otro valor” (Dworkin 2012: 374).

Una lectura del principio de daño planteado por Mill permite concluir que este podría explicar de legitimidad algunas medidas paternalistas, como el uso obligatorio de cinturón de seguridad o casco en el empleo de vehículos motorizados, de tal forma que se busquen evitar daños auto-lesivos, como son las lesiones, las discapacidades físicas o mentales que pueden derivarse de accidentes de tránsito, y qué duda cabe para evitar la muerte prematura. No obstante, la interpretación de la libertad de este autor permitiría una lectura complementaria, abriendo una puerta para el paternalismo.

Y sí, la libertad en la obra de Mill puede ser entendida de dos (02) maneras (Dworkin 2012: 376). Según la primera, la libertad sería el conjunto de permisos institucionales y sociales que una comunidad otorga a los individuos. Esto es lo que se conoce como *libertad como licencia*. La libertad sería un bien estructural (relacional), que depende de un beneficiario del permiso, la existencia del mismo (que presupone un deber de no prohibir ni obligar la realización de algo) y un sujeto obligado (todos los demás). Según la segunda interpretación, la libertad consistiría en la capacidad, habilidad o estado de una persona para trazarse y perseguir metas (autonomía), así como estar libre de subordinación (agencia). En este caso, la libertad sería un bien individual (autonomía) como uno estructural (agencia), pero asociado fuertemente a la habilidad de poder plantearse una concepción de la vida y las condiciones para que pueda lograrse. Esta sería la concepción de la *libertad como independencia*.

Estas concepciones sobre la libertad ofrecen, cada una, un resultado diferente a la cuestión del paternalismo. Si se abraza la primera concepción toda medida paternalista que afecte la libertad como licencia estarían excluidas de validez siguiendo el principio de daño. De hecho, si uno revisa minuciosamente el principio de daño notará que este se aplica a algunas clases de medidas paternalistas para excluirlas. Estas serían todas aquellas intervenciones que

---

<sup>31</sup> Isaiah Berlin (1998: 220-236) sería quien afirmó que la libertad debe entenderse no únicamente como la existencia de permisos (libertad negativa) sino como la existencia de facultades individuales para perseguir una concepción del bien (libertad positiva).

afectan la libertad (entendida como licencia), son dirigidas al propio beneficiario ante conductas voluntarias e implican coerción<sup>32</sup> o coacción<sup>33</sup>.

No obstante, existen varios ejemplos de medidas paternalistas que no poseen las tres características antes mencionadas. Un caso sería la mentira en el campo médico, cuando un médico trata de evitar una afectación al bienestar a una persona ocultándole información sensible que pueda dañar su salud (Le Grand y New 2015: 9). La mentira no afecta la libertad de hacer o no hacer de un individuo, no hay ni coerción ni coacción. Otro ejemplo sería el caso de las campañas estatales de promoción de la salud, como aquellas que piden a las personas abandonar el hábito o el consumo de cigarrillos, debido a los riesgos a la salud que se incrementan. Aquí tampoco existe coerción ni coacción y las personas son libres de consumir o no cigarrillos.

Finalmente, un ejemplo también dentro del campo de la salud sería la prohibición de comprar ciertos medicamentos sin prescripción. En este caso, la prohibición está dirigida, no al beneficiario, sino a las personas encargadas de su venta, que se encuentran sometidas a una consecuencia jurídica en caso desobedezcan la medida. Es paternalista porque el acto auto-referente a proteger es la del consumidor que desea adquirir un medicamento sin la aprobación médica, y en ese sentido, se trata de evitar los incrementos de daños a la salud de uno mismo.

Retomando el punto anterior, el principio de daño tendría otro alcance si la libertad es leída en el segundo sentido. Esto se debe a que si lo que importa es una habilidad de fijarse metas y poder perseguirlas, entonces el paternalismo se justificaría cuando dicha habilidad se encuentre comprometida (o disminuida) dado que no existen condiciones para asegurar que la persona es el mejor juez sobre sus propios intereses, como aquellos que puedan afectar su salud o su propia vida.

La lectura podría ser más refinada si uno diferencia entre las i) metas trazadas por los individuos de ii) los medios para obtenerlas. Las personas pueden tener su autonomía comprometida para ambas, o solo para una de estas, y el paternalismo podría ser válido en cualquiera de estos escenarios. En primer caso el paternalismo sería un medio para lograr los propios fines; mientras que en el segundo caso el paternalismo buscaría que el individuo logre ciertos fines que no le son afines. Mill ha defendido esta noción de libertad en su obra el utilitarismo (2007) al exigir que se protejan a las personas de sus circunstancias no venturosas, como en los casos de explotación o subordinación. O cuando sugiere la posibilidad de promover emociones altruistas para que las personas ayuden a los demás por propia voluntad (2009b) También se aprecia cuando Mill reconoce la importancia de que el individuo tenga las herramientas para lograr alcanzar placeres elevados, y no el mero contento.

En la medida que la noción de libertad como independencia es la que merece ser protegida por las instituciones, Mill no mostró algún tipo de objeción general o específica en contra de las intervenciones paternalistas sobre menores de edad (2009a: 68). Aquí es más fácil

---

<sup>32</sup> Coerción es “la amenaza de un castigo [...] para que las personas hagan o se abstengan de hacer aquello que el Derecho manda o prohíbe” (Hart 2006: 143). Según Dieterlen hay coerción “cuando una persona no tiene posibilidad de elección, cuando actúa para evitar una amenaza y cuando se satisfacen dos condiciones: 1) que la pena con que se ha amenazado a una persona hace que una acción sea substancialmente menos atractiva para él que otra; 2) la persona cree que se sentiría peor al desafiar la amenaza que al someterse a ella” (1988: 181).

<sup>33</sup> Tanto la coacción y coerción son términos que poseen ciertos solapamientos. Coacción es la interferencia en la libertad y autonomía de un individuo. Habría coacción cuando un individuo impide a otro hacer algo (que haría de no existir tal impedimento); así como el impedimento existente ocasionado por lo que hacen otros (Berlin 1998: 220). También es definida, en términos amplios, como “la modificación de un estado de un sujeto, independientemente de sus preferencias al respecto. En un sentido estricto, la coacción es el uso de la coerción física” (Alemany 2005a: 456).

defender la idea de que los beneficiarios cuentan con una autonomía disminuida, lo que podría justificar con mayor razón la medida.

Esta interpretación no está en lo absoluto alejada de las tesis normativas del EC. En la medida que el enfoque busca que las personas puedan escoger su concepción del bien (la forma de ser y hacer que ellos estimen conveniente o tengan razones para valorar), respetando su capacidad de decidir y ampliando sus oportunidades para que en efecto logren lo que se han trazado, uno puede apreciar que muchas de las mismas razones que llevaron a Mill a admitir el paternalismo en varios casos, también deberían ser consideradas por el enfoque, llevándonos desde ya a la conclusión preliminar de que en efecto, este marco evaluativo no está completamente en contra del paternalismo en personas adultas.

Retomando el punto anterior, son variados los ejemplos de intervenciones paternalistas aceptadas por Mill. La educación compulsiva para los jóvenes también estaría dentro de las categorías de medidas paternalistas validadas (2009a: 129). También lo estarían las medidas que reconocen las limitaciones reflexivas (internas) de las personas para tomar decisiones o seguir ciertas conductas que reduzcan sus riesgos de daño (2009a: 182). Mill estuvo también a favor de los impuestos selectivos al consumo. En efecto, sostuvo que “es deber del Estado considerar, al establecer los impuestos, cuáles son las sustancias de que el consumidor puede prescindir con más facilidad, a fortiori, y elegir, preferentemente, aquellas cuyo uso, si excede de una cantidad muy moderada, puede serle perjudicial” (2009a: 187 y 188). Uno podría considerar inclusive que la prohibición de sustancias peligrosas, como es el caso de las grasas trans, podría estar incluido en este supuesto, al menos parcialmente.

Un caso que sería aplicable a muchos problemas de salud pública, como la obesidad y el tabaquismo, serían aquellos casos conocidos hoy en la literatura conductual y neurocientífica como los agrupados bajo el sesgo del presente (Cfr. Thaler y Sunstein 2009, Sunstein 2013), es decir, aquellos supuestos donde las personas restan importancia y valor a los beneficios futuros obtenidos por comportamientos moderados, frente a los beneficios presentes a obtener por conductas auto-lesivas (Mill 2004: 292). Finalmente, la mentira, siempre y cuando ayude a evitar un daño “grande e inmerecido” (2007: 75) también se encuentra dentro de los actos que pueden ser empleados por razones paternalistas según el pensamiento de Mill, resurgiendo una vez más sus rasgos utilitaristas.

Estos supuestos no podrían existir como validados en la obra de Mill si es que no se abraza la segunda interpretación de la idea de libertad. También significa que la obra de Mill debe interpretarse de forma equilibrada, y tratando de entender que los valores defendidos por él (p.e. principio de libertad vs. principio de utilidad) pueden concurrir en un mismo caso, y que en ciertos supuestos un principio puede desplazar a otro, en tanto existan buenas razones para hacerlo así. Esto también significa que la famosa tesis mencionada atrás, de que el hombre es el mejor juez de sus propios intereses fue tan solo una hipótesis confirmable o presunción refutable en casos concretos. De hecho, en su obra sobre Principios de Economía Política, Mill afirmó que “la mayoría de personas poseen una más justa e inteligente visión de sus propios intereses, así como de los medios para promoverlos [...] [Pero esta tesis] es incuestionablemente sólida como regla general, pero no hay ninguna dificultad en aceptar numerosas y sobresalientes excepciones a esta” (2004: 290). Con ello, y considerando todo lo mencionado hasta ahora, no queda duda que Mill admitió y admitiría muchas intervenciones paternalistas en adultos.

Pero lo más importante a destacar de toda la obra de Mill para el propósito de esta investigación está asociada a la noción de libertad como independencia. De aquí uno derivaría dos (02) requisitos. La primera es que hay que valorar ante todo la capacidad del individuo para formarse preferencias. La segunda es que si esta capacidad se encuentra disminuida, el paternalismo emerge como una alternativa legítima. En la medida que esta

interpretación de la libertad comparte cosas en común con algunas tesis o elementos normativos del EC (piénsese en el concepto de agencia en Sen o en el papel arquitectónico de la capacidad central de razón práctica en Nussbaum), permite inferir desde ya la validez general de esta clase de intervenciones.

### 1.1.2. El pro-paternalismo de John Rawls

John Rawls es seguramente el filósofo político más importante en el siglo XX. La obra de este autor se ha enfocado en estudiar la naturaleza de la justicia, especialmente para entender el valor y alcance de la libertad y de la equidad (en el sentido más amplio posible). Pese a ello, Rawls realizó una pequeña pero sobresaliente mención a la cuestión del paternalismo en su gran obra *A Theory of Justice*, clave para el objetivo del presente capítulo.

Siguiendo a Sen (2009: 82 y 83) la obra de Rawls y el desarrollo de su concepción de la justicia puede apreciarse en tres (03) contextos diferentes. En primer lugar, está la etapa más abstracta, vinculada a la elección de los principios de la justicia, las instituciones derivadas de estos para la regulación de la estructura básica de la sociedad y las etapas posteriores, a saber, el desarrollo constitucional y legislativo, momentos posteriores a la elección de los principios antes mencionados.

En una segunda etapa se encontraría el desarrollo de lo que Rawls denominó como el equilibrio reflexivo, es decir, el procedimiento a través del cual se busca llegar a un balance entre las convicciones personales e intuitivas y determinados principios generales, descartando o ajustando en ida y vuelta ambos elementos (Nino 2007: 105). Finalmente, en el tercer contexto se encuentra lo que Rawls denominó como el consenso entrecruzado, que consiste en la representación y propuesta sobre cómo tratar de resolver los conflictos entre diversas concepciones exhaustivas de la vida buena en una comunidad liberal (Rawls 2013: 137). La discusión sobre el paternalismo, desarrollada en su primera versión completa de la justicia como equidad se encuentra dentro del primer contexto.

De forma sumamente resumida (y con los costos que acarrea realizar esta síntesis), en el primer contexto de la teoría de Rawls subyace el objetivo de determinar los principios de justicia que definan la estructura básica de la sociedad. Para ello, y desde la tradición del contrato social, diagrama un escenario hipotético donde las personas elegirían los principios de justicia.

Para lograr la elección de los principios Rawls asume que los suscriptores poseen dos facultades (Rawls 2002: 218). La primera es la capacidad para un sentido de justicia, es decir, aquella que permite al individuo vivir de forma compatible con los principios de justicia establecidos en su comunidad. La segunda es la capacidad de forjarse una concepción del bien, es aquella que tiene como función “formar, revisar y perseguir racionalmente” lo que el individuo haya considerado como una vida buena.

La elección de los principios se efectúa en la posición original, un espacio hipotético y anterior a la conformación de las instituciones sociales y la solución de problemas políticos regulares. Dado que el acuerdo debe ser lo más imparcial posible, los suscriptores son restringidos en el conocimiento sobre su propia situación personal. Esto es lo que se conoce como el velo de la ignorancia (Raphael 1986: 159; Rawls 2012: 39 y 40). La función de este aditivo en la teoría de Rawls es que las personas escojan un sistema justo para todos (Ridall 2008: 199). Es bajo estos elementos (y otros más) que las personas elegirían dos (02) principios de justicia:

“[1er principio:] Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un

esquema similar de libertades para todos [principio de libertad igual]; y [2do principio:] las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades [principio de igualdad de oportunidades]; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad [principio de diferencia]" (2012: 73)

Una característica importante de los principios de justicia es que estos tienen una prioridad lexicográfica. Es decir, para satisfacer el segundo principio es necesario respetar el primero inicialmente. Esto es lo que se denomina como la "prioridad de la libertad"<sup>34</sup>. Es dentro de esta tesis que el paternalismo encuentra un espacio en la discusión sobre la naturaleza de la justicia.

Según Rawls, existirían dos (02) casos en los que la libertad podría ser restringida. En el primero se encontrarían todas aquellas circunstancias donde las libertades son iguales en todos, pero reducidas. En el segundo caso, estarían los supuestos donde existe una disminución de libertad, siendo que no es igualmente distribuida en todos. Aquí estarían los supuestos del paternalismo. De forma preliminar, y a modo de ejemplo, Rawls (2010: 230) coloca en este segundo grupo de casos a los menores de edad, a quienes es claramente legítimo intervenir por su propio bien en contra de su libertad y autonomía, debido a la condición en la que se encuentran.

Siguiendo esta línea argumentativa, Rawls reconoce que los suscriptores del contrato hipotético, luego de elegir la concepción ideal de la justicia<sup>35</sup>, estarían de acuerdo en protegerse contra los riesgos no de tener desarrolladas plenamente o suficientemente todas sus facultades a través de medidas paternalistas. Los blancos para esta clase de intervenciones serían las personas que se encuentran en la minoridad, los adultos sometidos a sus pasiones (inclinaciones irracionales) y las personas con discapacidad mental. De esta manera, emergería desde la teoría de la justicia de Rawls el principio de paternalismo, aquel que tiene como objetivo proteger a las personas contra "la debilidad o las fallas de su razón y de su voluntad en la sociedad" (2010: 234).

La inclusión del paternalismo por Rawls como un principio compatible con la propuesta de una justicia como equidad es solo el primer paso en la corta pero valiosa discusión sobre el tema en su obra. Él también se esfuerza por ofrecer algunos pincelazos para determinar cuándo una medida paternalista concreta se encuentra justificada. Para lograr ello, ofrece un procedimiento de doble filtro, de naturaleza lexicográfica como sus principios generales de justicia. El primero de los filtros establece que las intervenciones solo se justifican si existe una evidente limitación o ausencia de racionalidad en el beneficiario potencial. Esto es lo que se conoce en la literatura especializada como la apuesta o categoría del *paternalismo blando*<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> En general, la prioridad de la libertad establece que para beneficiar o mejorar la protección de la libertad es razonable una intervención o restricción sobre ella (Rawls 2010: 230). Curiosamente, el paternalismo podría ser una medida perfectamente compatible con esta tesis, en la medida que una restricción a la libertad y autonomía por el propio bien de la persona permita que esta pueda contar con mejores condiciones para lograr perseguir su concepción de la vida buena. Aquí, casi sin duda, gozarían de cierta legitimidad muchísimos casos de medidas paternalistas que buscan proteger a las personas de la muerte prematura y la morbilidad discapacitante y evitable.

<sup>35</sup> Siguiendo a Rawls, la parte o estadio ideal de la justicia es la etapa inicial donde los suscriptores tienen en mente los principios de la justicia y buscan definir, en este escenario todavía favorable, la estructura básica de una sociedad perfectamente justa (2010: 231). La parte no ideal, por otro lado, sería aquel estadio posterior. Aquí se busca definir otros principios secundarios bajo condiciones no favorables, como aquellas que reconocen las limitaciones internas de las personas para auto-regularse, espacio del paternalismo.

<sup>36</sup> El *paternalismo blando* es la tesis del paternalismo que sostiene que solo puede intervenir de esta manera si es que se introduce, como una condición necesaria de validez, probar que los sujetos (a ser) tratados paternalistamente poseen una limitada capacidad de auto-regulación para tomar decisiones o seguir conductas

Según el segundo filtro (2010:235), y una vez que se ha demostrado que la persona posee limitaciones para la auto-regulación, las características de la intervención paternalista deben guiarse o ser compatibles con los principios de la justicia a través de dos (02) mecanismos alternativos. El primero es respetando o considerando los intereses más permanentes del individuo, de tal forma que la intervención sea ante todo un medio para satisfacer sus intereses y no la promoción de ciertos intereses que seguramente no abrace, lo que se conoce como *paternalismo de medios*<sup>37</sup>. En caso esto no sea posible, la otra opción sería estructurar la medida en función a los bienes primarios, ya sea porque la medida requiere que la persona aproveche dichos bienes, o porque es parte de la función de estos que la persona logre cierto estado beneficioso para ella. Esto se conoce como el *paternalismo de fines*<sup>38</sup>.

Este procedimiento de justificación de medidas paternalistas concretas muestra además que Rawls no tuvo reparos en incluir a todas las personas como beneficiarios, ya sean adultos, menores o personas con discapacidad mental. A diferencia de Mill, él tampoco especifica ejemplos para justificar ciertas medidas, sino tan solo establece un proceso para definir cuándo una medida es válida y cuando no, de acuerdo a su concepción de la justicia.

Hay un punto clave en la aceptación de Rawls del paternalismo sumamente útil para la discusión desde el EC. En la medida que ambas propuestas reconocen y persiguen garantizar la habilidad/capacidad (o poder moral) de las personas para perseguir sus concepciones de la vida buena (agencia-autonomía o capacidad central de razón práctica, dependiendo de la versión del enfoque) parece que este sería un espacio para justificar intervenciones paternalistas concretas.

Rawls aceptó que el paternalismo puede aplicarse en el caso de personas adultas porque fue consciente que estas poseen momentos de debilidad, fallas de razón o de voluntad. Esto, como cuestión de hecho es cierto (como se mencionará en el último capítulo), casi independientemente del marco evaluativo que uno utilice. Pero en la medida que el enfoque descansa en una premisa normativa similar, a saber, el valor de la auto-regulación individual; si esta posee límites (sean temporales o permanentes; graves o leves), y sea cual sea la edad de la persona, es razonable plantearse la necesidad de diseñar y justificar medidas paternalistas concretas.

Este es de hecho un razonamiento bastante similar al que sostuvo Mill, como ya se mencionó atrás, cuando se habló de la noción de libertad como independencia y las excepciones paternalistas. En ese sentido, en vez promover capacidades como sugiere una de las tesis normativas principales del EC, habría que apuntar directamente a lograr ciertos funcionamientos, restringiendo la libertad y/o autonomía de la persona por su propio bien.

---

que no sean perjudiciales para sí mismos. La contrapartida de esta tesis es la conocida como el *paternalismo duro*. Según esta postura, o i) es irrelevante preguntarse por la capacidad de auto-regulación de los beneficiarios o ii) es razonable establecer una presunción de que en efecto estos son incompetentes para evaluar las bondades de sus preferencias y/o conductas que la medida busca erradicar o disminuir (Cfr. Alemany 2005b: 286). Una conclusión que puede ir adelantándose, y se verá a mayor detalle en el último capítulo es que el enfoque de capacidades rechaza tajantemente la tesis del paternalismo duro, dado que el respeto por la agencia o razón práctica, así como el reconocimiento de la heterogeneidad de rasgos de las personas no pueden autorizar que las instituciones y el resto de la sociedad establezca una presunción de incompetencia igual para todas las personas beneficiarias. Para ser compatible con el enfoque, en ese sentido, toda medida paternalista necesariamente tendría que poseer el atributo de ser blanda.

<sup>37</sup> El *paternalismo de medios* es toda intervención que parte de la aceptación de los fines perseguidos por los beneficiarios, no obstante comprueba que los medios empleados por estos no son adecuados para alcanzarlos (Sunstein 2013: 1855) o simplemente no poseen ningún medio para ello y realizan la conducta no deseada. El objetivo de estas intervenciones es que las personas logren sus propios fines (Sunstein 2014: 65)

<sup>38</sup> El *paternalismo de fines* es toda aquella medida que dirige "a las personas a cierta dirección debido a que se desconfía de los propios juicios sobre qué promovería su bienestar" (Sunstein 2014: 86).

## 1.2. El enfoque de capacidades: elementos esenciales

En este apartado, se hará un breve recuento de los principales elementos conceptuales del EC relevantes para la discusión del paternalismo<sup>39</sup>. Se considerarán los aportes de Amartya Sen y Martha Nussbaum, quienes son los dos más importantes desarrolladores del enfoque. Asimismo, se harán breves menciones de por qué dichos elementos podrían ser relevantes para la discusión sobre la compatibilidad del paternalismo.

El EC es un marco analítico y normativo que tiene como función evaluar la situación de las personas en sus respectivos contextos, conforme a lo que estas pueden ser y hacer. Es, en términos de Alkire “un marco normativo para evaluar las diversas alternativas de políticas, estados sociales u opciones” (2007: 2). El enfoque tiene una pluralidad de funciones. Siguiendo a Robeyns (2005: 94), sirve para la evaluación de la calidad de vida, la pobreza (sea grupal o individual), la validez de programas o políticas públicas en general; y en sí, para determinar la justificabilidad de un estado o proceso, sea individual o grupal.

Una de las principales características del enfoque es que concentra la mayoría de sus esfuerzos, tanto analíticos como normativos, en los que las personas pueden efectivamente ser o hacer. Se trata entonces de orientarse preponderantemente en las capacidades de las personas. En ese sentido, el enfoque se diferencia de otras aproximaciones para entender el bienestar de las personas y los grupos, como el utilitarismo (sea como placer o como satisfacción de las preferencias) y las propuestas dirigidas a valorar a la sociedad en función a sus ingresos.

También se diferencia de las versiones menos económicas, como la propuesta enfocada en los bienes primarios, mencionada brevemente en el apartado anterior. En este último punto incluso radicaría otro elemento analítico distintivo del enfoque, a saber, la distinción entre medios y fines para el bienestar y desarrollo (Robeyns 2005: 95). Considérese su diferenciación entre la propuesta concentrada en evaluar los ingresos del EC. La primera establece como foco central de análisis y evaluación a los ingresos, que son medios para obtener otras cosas valiosas. El enfoque, por el contrario, busca que los esfuerzos se concentren en los fines del bienestar, la justicia y el desarrollo.

Existen cinco (05) elementos claves sobre los que descansa el enfoque de capacidades que son relevantes en la discusión sobre el paternalismo: *funcionamiento*, *capacidad*, *agencia*, *factor de conversión* y *umbral de suficiencia*. El primer concepto es el de *funcionamiento*. Por funcionamiento, siguiendo a Sen y Nussbaum, se aludirá a las diversas formas de ser y hacer de las personas. Según Sen, los funcionamientos, concepto de origen Aristotélico, refleja “las diversas cosas que una persona puede valorar hacer o ser [...] que pueden ir desde las más elementales, como comer bien no padecer enfermedades evitables hasta [...] ser capaz de participar en la vida de la comunidad” (Sen 2000b: 99). Nussbaum, por su parte, define los funcionamientos como la realización activa de una o más dimensiones del bienestar, seres y haceres (Nussbaum 2012: 44), los cuales incluyen por ejemplo, el mero hecho de disfrutar de una buena salud.

Una cuestión importante es que ambos autores (aunque Sen de forma menos explícita) reconocen que los funcionamientos motivo de preocupación por el enfoque (aquellos que deberían ser considerados) son aquellos de los que puedan predicarse algún valor, son funcionamientos valiosos. Esto conlleva a que el enfoque sea entendido de una forma menos neutral, dado que no cualquier funcionamiento forma parte del contenido que debería ser considerado como válido a ser protegido o promovido. La cuestión de los funcionamientos es importante para la discusión sobre el paternalismo en general (y el paternalismo en salud

---

<sup>39</sup> La revisión a detalle de estos elementos para así encontrar las características necesarias que debe poseer una intervención paternalista en salud para ser compatible con el enfoque se hará en el último capítulo.

en particular) porque este tipo de intervenciones tiene como foco de abordaje precisamente este elemento. El paternalismo trata de promover o proteger ciertos funcionamientos directamente, ayudando a las personas para que no los pierdan o que los puedan conseguir debido a sus conductas auto-lesivas.

En segundo lugar está el concepto de *capacidad*. Por capacidad aquí se entenderá, siguiendo a Sen, a las variadas combinaciones de funcionamientos que las personas puedan conseguir. La capacidad, en ese sentido, “es un tipo de libertad, fundamental para conseguir distintas combinaciones de funciones (o, en términos menos formales, la libertad para lograr diferentes estilos de vida)” (Sen 2000b: 99 y 100). Es por otro lado, y en los términos de Nussbaum, el conjunto de oportunidades para elegir y actuar (Nussbaum 2012: 40)<sup>40</sup>.

Un sub-elemento dentro del analizado atrás es el de *capacidad básica*<sup>41</sup>, conformado por un sub-grupo de capacidades necesarias para poder llevar a cabo una vida justo por encima de lo necesario para sobrevivir y escapar de la pobreza. Este punto posee cierta relevancia para la discusión sobre el paternalismo, dado que al reconocer que existen ciertos conjuntos de funcionamientos valiosos, comparativamente más importantes que otros, se está admitiendo la existencia de determinados pesos relativos o concretos a ciertas dimensiones humanas con respecto a otras. Esto es clave para el propósito final de esta investigación, en tanto la protección de la salud de las personas está entre las más fundamentales exigencias de justicia, y ciertamente de un peso relativo mayor que otras exigencias, al menos en abstracto. Pero también es útil porque serviría para decidir qué conjunto de funcionamientos en salud deben estar protegidos con mayor razón, en caso se pretendan alcanzar a través de medidas paternalistas.

La cuestión de las capacidades es clave para el estudio del paternalismo porque a la hora de justificar una intervención concreta necesariamente se parte de la premisa que en vez de dejar tenga la capacidad de elegir como funcionar hay que buscar que ella funcione de una manera particular, como forma de protegerla de ella misma. En la medida que el enfoque tiene una prioridad por el desarrollo de capacidades, el paternalismo tiene que derrotar, debilitar o encontrar una salida compatible en casos concretos para ser válida.

En tercer lugar, por *agencia* se aludirá aquí, a la habilidad de una persona para actuar y provocar cambios sobre su vida o sobre los demás, cuyos “logros pueden juzgarse en función de sus propios valores y objetivos independientemente de que los evaluemos o no también en función de algunos criterios externos. La idea de agencia se vincula con la de un individuo miembro del público y participante en actividades económicas, sociales y políticas” (Sen 2000b: 35 y 36). La agencia en ese sentido, presupone el reconocimiento y respeto de los individuos sobre su habilidad para fijarse objetivos, valores, comprometerse, etc. (Sen 2011: 58).

Aunque Nussbaum ha realizado algunas consideraciones con relación al concepto de agencia, entendiéndola como la capacidad de acción de los individuos (Nussbaum 2012: 50), no ha sido un componente clave en su propuesta normativa. Robeyns ha mencionado precisamente que para Nussbaum la distinción clave del EC radica en la diferenciación entre capacidad y funcionamiento, aunque dejando en claro que la inclusión de la razón práctica como una capacidad central y de un papel arquitectónico (Nussbaum 2012: 59), podría

---

<sup>40</sup> Si bien Sen y Nussbaum definen los funcionamientos de la misma manera, existe una gran diferencia en el concepto de capacidades de ambos autores. Mientras que para Sen alude al conjunto de funcionamientos que una persona puede escoger ser y hacer; Nussbaum la define como aquellas dimensiones del bien que son relevantes para agrupar aquellos aspectos de la vida que hacen a las personas seres humanos. De ello se deriva la lista de capacidades centrales de Nussbaum, como aquel conjunto de dimensiones (agrupación de capacidades) que conforman lo que constituye a las personas como seres genuinamente humanos.

<sup>41</sup> Nussbaum ofrece una definición diferente de capacidad básica. Estas serían “las facultades innatas de la persona que hacen posible su posterior desarrollo y formación” (Nussbaum 2012: 43).

significar la inclusión de la agencia como un componente de su propuesta (Robeyns 2005: 105). Una cuestión que se puede mencionar con relación a la agencia, es que además de estar conformada por los logros de los individuos, también incluye su capacidad para reflexionar y formarse una concepción de lo que constituye su vida buena y el bien de los demás. En ese sentido, también incluye como componente lo que se ha entendido como *autonomía*, que será definida siguiendo las propuestas de Dworkin y Sneddon.

La autonomía es entendida por Dworkin (1997: 20 y 108) como una capacidad de segundo orden para reflexionar (críticamente) sobre las preferencias, anhelos y deseos de primer orden, así como la habilidad para aceptarlos o cambiarlos, en función a las preferencias y valores de un orden superior. El ejercicio de la autonomía es importante porque permite a los individuos dar sentido a sus vidas. Estaría compuesta de deseos, anhelos, valores y preferencias, las cuales pueden ser de primer y segundo orden.

Por su parte, la autonomía es entendida por Sneddon (2006: 392-394) como la creación de preferencias o realización de decisiones (o elecciones), así como el mismo hecho de ser un ser con autonomía. La primera parte es definida como *autonomía superficial*, mientras que la segunda es la *autonomía profunda*. La primera está compuesta de los deseos de primer y segundo orden. Un individuo tiene un deseo de primer orden cuando “desea x”, y tiene un deseo de segundo orden cuando desea “desear x”. Una persona ostentaría una preferencia bastante autónoma si hay consistencia entre ambas clases de deseos.

La autonomía profunda, por su parte, alude a la reflexión sobre los valores o fines individuales; y se encuentra asociada a la identidad del sujeto, en poseer un plan de vida y controlarlo, a través de “la reflexión, previsión, auto-evaluación, sensibilidad a los valores que puedan estructurar la vida, el conocimiento de los tipos de vida que uno pueda perseguir entre otras operaciones cognitivas” (2006: 393 y 394). La autonomía profunda está compuesta de aquellos pensamientos vinculados a los deseos de primer y segundo orden que son valiosos de poseer; y aquellos asociados a los valores que deberían abrazarse.

Este marco analítico es de mucha utilidad puesto que el paternalismo parece tener cierto espacio de legitimidad si es que uno considera los diferentes componentes indicados atrás. Por ejemplo, una persona puede desear fumar en este momento, pero mostrar un desagrado o arrepentimiento de haber realizado dicho acto. Aquí habría al parecer una inconsistencia entre las preferencias de primer y segundo orden. Esto podría ser mucho más inconsistente si la persona además valora fuertemente la salud individual, y cree firmemente que una vida moderada y evitando sustancias peligrosas es la que debería definir todas sus conductas.

En ambos casos, una medida paternalista (p.e. impuestos al tabaco) sería de mucha ayuda para que el individuo procure mantenerse alejado de las conductas que reflexivamente considera perjudiciales y no las desea, pero que en algunos casos no puede evitar. Una medida paternalista sería más justificada, por otro lado, si es que se encuentra evidencia que la autonomía profunda adolece de ciertas fallas en ciertos casos concretos, que impide que las personas puedan lograr resultados adecuados. Incluso podría darse el supuesto de ejercicios o resultados inadecuados logrados por la autonomía profunda, de suma ayuda para entender el abordaje del suicidio (Cfr. Espinola-Nadurille y Otros, 2014).

Retomando el tema anterior, la cuestión de la agencia y autonomía es relevante para la discusión del paternalismo porque a primera vista el paternalismo ignoraría las preferencias y cursos de acción (u omisión) que los individuos conscientes o maduros están dispuestos a perseguir. Este es uno de los retos más importantes para justificar una intervención paternalista, dado que tendría que probarse que en casos concretos es razonable otorgarle un menor peso a la agencia/autonomía individual de las personas para elegir como funcionar (dentro de un rango de funcionamientos potenciales) para enfocarse en proteger o promover ciertos estados o procesos individuales por el propio bien de la persona. La única forma de

justificar una intervención paternalista desde el enfoque sería demostrar que los beneficiarios poseen una autonomía disminuida. Así, esta clase de intervención sería de mucha ayuda, ya sea de forma solitaria o incluyendo otra clase de intervenciones fundadas en otros principios, como los de equidad o de reconocimiento de la diversidad, por ejemplo.

En cuarto lugar, otro elemento clave del enfoque para la discusión de paternalismo es el de *factor de conversión*. Si bien, como ya se mencionó, el enfoque se concentra en los fines para el bienestar y el desarrollo, esto no significa que no posea un marco analítico capaz de ayudarnos a comprender el papel que juegan los medios en este resultado, así como las características personales y no personales de los individuos. Así, por ejemplo, los bienes y servicios (es decir, distintos medios) tienen que verse a la luz de cómo ayudan a que las personas puedan funcionar de acuerdo a sus planes de vida.

En un mismo sentido hay que comprender el papel de las instituciones, las normas sociales e inclusive las relaciones entre los individuos. Se trata de reconocer y analizar aquellos factores que impactan en el rango de oportunidades reales que poseen las personas, así como en su habilidad para poder transformarlas en los resultados que tienen razones para valorar. Tres (03) serían los grupos de factores de conversión trabajados desde el EC: personales, sociales y ambientales (Robeyns 2005: 99)<sup>42</sup>.

El primer grupo congrega a todas aquellas características individuales que influyen en la forma cómo las personas transforman los recursos disponibles en funcionamientos valiosos. Aquí estarían comprendidas la inteligencia, la capacidad de lectura, el auto-control y racionalidad, entre otras. El segundo es el conjunto de arreglos sociales que definen las reales oportunidades de las personas para funcionar de forma valiosa. Aquí se ubicarían las instituciones sociales, las normas morales de una comunidad, los roles de clase, etnia y género, las jerarquías, entre otros más. Finalmente, el tercer grupo comprende aquellos elementos del entorno no artificial que también influye en la habilidad de las personas para ser capaces de elegir el estilo de vida que consideran valioso. Aquí se ubicarían el clima, los servicios ecosistémicos, las características geográficas del entorno, entre otros aspectos.

El estudio de los factores de conversión es sumamente clave para la compatibilidad del paternalismo desde el EC por dos (02) razones. En primer lugar, habría que considerar que en muchas ocasiones las conductas de las personas están ajustadas a factores que escapan de ellas, como los factores sociales y ambientales. En estos casos, si las personas funcionan de manera deficiente debido a estos factores uno podría presumir que una intervención paternalista no sería la adecuada, dado que en realidad la persona no estaría afectándose a sí misma debido a una falta o falla de auto-regulación, sino que sería el entorno que lo lleva a realizar conductas que no le favorecen. No obstante, esto no sería necesariamente en el caso de los factores personales (y aquí la segunda razón) dado que aquí las limitaciones de auto-control y racionalidad existentes sí son características individuales que merecerían y tendrían que ser abordadas a través de intervenciones paternalistas.

Por último, el último elemento del enfoque relevante para esta investigación es el de *“umbral de capacidad”* o *“umbral de suficiencia de capacidad”*. De acuerdo con esta tesis, planteada por Martha Nussbaum (2000b: 124; 2006: 83; 2012: 56), un requerimiento mínimo de su teoría de la justicia basada en el enfoque exige “el respeto por la dignidad humana obliga a que los ciudadanos y ciudadanas estén situados por encima del umbral mínimo amplio (y

---

<sup>42</sup> Para Sen, serían cuatro (04) los tipos “de contingencias que resultan en variaciones en la conversión del ingreso en las clases de vidas que la gente puede vivir” (2009: 285), a saber, las *heterogeneidades personales*, las *diversidades en el ambiente físico*, las *variaciones en el clima social*; y finalmente *las diferencias en perspectivas relacionales*. La cuestión de los factores de conversión habrían sido consideradas por Nussbaum al incorporar el concepto de *capacidades combinadas*, específicamente, al referirse a las condiciones ambientales, culturales, políticas y económicas sobre las cuales las personas pueden elegir los funcionamientos que estimen valiosos (Nussbaum 2012: 42-53).

específico) de capacidad en todas y cada una de” las dimensiones del bienestar consideradas como relevantes, que en su caso sería una realización mínima de las diez (10) capacidades centrales de su lista (Nussbaum 2012: 56).

La relevancia con la cuestión del paternalismo en salud es que la existencia de un umbral sugeriría que por debajo de este sería razonable exigir de las instituciones que promuevan o permitan alcanzar ciertos estados de salud específicos de las personas a través de medidas paternalistas. Aquí estaría el no padecer algún tipo de cáncer mortal (p.e. incrementando sustancialmente el impuesto al tabaco), verse contagiado por algún virus letal (p.e. insistir a las personas en el uso de preservativos para evitar el contagio de enfermedades de transmisión sexual) o sufrir lesiones incapacitantes (p.e. obligando jurídicamente a usar casco al conducir una motocicleta). Estados de salud distintos a los anteriores y no centrales, como no sufrir fracturas o golpes sumamente leves por practicar ciertos deportes; o no tener efectos adversos no letales por ingerir ciertos medicamentos sin prescripción médica podrían ser dejados de lado y permitir que las personas ejerzan su agencia/autonomía o razón práctica y eventualmente padecerlos en función a los estilos de vida y preferencias que se hayan trazado.

Estos serían los elementos relevantes del EC para el estudio del paternalismo. A lo largo de las últimas décadas, los pocos estudios que desde el enfoque se han llevado a cabo para abordar la cuestión de la justificación del paternalismo han considerado algunos de estos elementos. Por ello, lo que se verá a continuación es la discusión del enfoque sobre la validez del paternalismo. El estudio de todos los elementos mencionados en este apartado, serán retomados de forma más exhaustiva en el último capítulo.

### 1.3. La discusión del paternalismo desde el enfoque de capacidades

El enfoque de las capacidades afirma que las personas deben contar con las oportunidades para elegir el plan de vida que tienen razones para valorar (Sen 2000b: 35, 97, 99 y 341). Este compromiso se confirma con la diferenciación establecida por dicho enfoque entre el concepto de “capacidades” (o dimensiones del bienestar) y “funcionamientos”. Las capacidades son definidas como el conjunto de oportunidades con los que una persona cuenta para elegir el estilo de vida que se acerque a su concepción de vida buena (Nussbaum 2012: 40) o alternativamente como las “combinaciones de funcionamientos que puede lograr” (Sen 2000a: 56). Por su parte, los funcionamientos son definidos como la ejecución de lo que las personas valoran ser o hacer (Sen 2000a: 55 y 56; 2000b: 99).

Sin embargo, una lectura del EC permite sostener, al menos en principio, que el EC es bastante receloso sobre la justificación de medidas paternalistas concretas. La principal razón para rechazar el paternalismo sería la exigencia de que las instituciones sociales deben priorizar el desarrollo de capacidades y no de funcionamientos (Nussbaum 2007: 91). Hacer lo contrario significaría interferir directamente sobre los planes de vida de las personas, impidiendo que adopten la combinación de funcionamientos (o estilos de vidas) que hayan decidido perseguir.

Debido a ello, en el campo sanitario por ejemplo, Nussbaum (rechazando expresamente lo afirmado por Richard Arneson) ha sostenido que los gobiernos no deberían emplear políticas de orientación paternalistas para que las personas adopten estilos de vida sanos (Nussbaum 2012: 46). Pese a este rechazo, algunos partidarios del enfoque han reconocido que es plausible justificar ciertas medidas paternalistas, siempre y cuando dichas intervenciones hayan sido sometidas a un procedimiento deliberativo (Nussbaum 2000a: 95) y respeten la dignidad humana (Nussbaum 2012: 46 y 47).

Al respecto, existen en la literatura especializada dos (02) clases de aportes y hallazgos desde el EC a la cuestión del paternalismo. En primer lugar, se ha llevado a cabo un debate

bastante general sobre las posibilidades del paternalismo dentro del enfoque; y en segundo lugar, algunos exponentes del EC han ofrecido algunas pautas o propuestas a considerar en la discusión sobre el paternalismo. Con relación al debate, se conoce de una discusión realizada entre el año 2000 y 2002 sobre las posibilidades del paternalismo y el perfeccionismo dentro del EC. Este debate fue llevado a cabo por Richard Arneson (2000), Martha Nussbaum (2000a y 2000b) y Severine Deneulin (2002), quienes sostuvieron un debate general sobre las posibilidades del paternalismo dentro del EC, es decir, sin evaluar íntegramente una intervención paternalista en particular y en un campo en particular (p.e., salud).

Por ejemplo, Richard Arneson ha sostenido que el EC, especialmente la propuesta de Nussbaum, es inevitablemente perfeccionista, dado que, (según su idea de perfeccionismo), implica la idea que el bien del ser humano puede ser determinado independientemente de las actitudes y opiniones de aquellas personas para a quienes se busca beneficiar (Arneson 2000: 38), y que por ello es bueno que una persona pueda alcanzar la mayor cantidad de bienes valiosos (2000: 55). De esta posición, Arneson ha concluido por ello que uno no necesariamente es el mejor juez de lo que constituye su propio bien (2000: 43) y por ello, el paternalismo sería válido en tanto tenga como objetivo asegurar ciertos funcionamientos a un nivel determinado (2000: 60). La salud por ejemplo, según Arneson constituiría aquella dimensión del bienestar por el cual las instituciones podrían promover un nivel satisfactorio de funcionamientos (Arneson 2000: 49), yendo en contra de la tesis de la prioridad de las capacidades, y restando importancia si esa tesis es o no considerada antiliberal (2000: 63).

Martha Nussbaum, por su parte, ha llegado a sostener la validez del paternalismo con el EC. Con relación a la discusión sobre el perfeccionismo, Nussbaum no niega que existe un elemento perfeccionista en su teoría, a saber, que no toda clase de satisfacción es relevante en el espacio de discusión pública y que existe una prioridad o importancia central (y por ello perfeccionista) hacia la libertad individual (Nussbaum 2000b: 128). De esta posición, Nussbaum (2000b: 130) ha concluido la validez o compatibilidad con el EC a intervenciones paternalistas en niños, aquellas que consiste en la provisión de información para que las personas no cometan actos auto-lesivos (paternalismo informativo), la obligación de usar cascos y de abrocharse el cinturón de seguridad al viajar en vehículos motorizados (2000b: 131), entre otras clases de intervenciones que poseen atributos paternalistas.

En el campo sanitario, Nussbaum ha llegado a sostener algunas afirmaciones mucho más importantes, al reconocer la importancia de la salud y de la integridad física con relación a otras capacidades, admitiendo un área legítima de interferencias sobre la libertad, aunque reconocimiento la dificultad de determinar hasta qué punto ésta puede ser limitada (Nussbaum 2000a: 95). Años después, y para discutir sobre el paternalismo en general, Nussbaum ha sostenido que dichas intervenciones estarían justificadas en tanto no se constituyan como violaciones de la dignidad humana o no restrinjan a la libertad de forma grave (Nussbaum 2012: 46 y 47).

La posición alrededor del paternalismo en el caso de Martha Nussbaum no es totalmente clara, dada algunas pequeñas deficiencias en cuanto a sus consideraciones sobre la justificación del paternalismo, como la de confundir una intervención motivada por razones fundadas en el principio paternalista de aquellas motivadas por el principio de daño. Una distinción importante en la discusión del paternalismo es la diferenciación de esta clase de intervenciones de aquellas fundadas en el principio de daño. Este sostiene que es válido evitar, eliminar o reducir (el riesgo de daños) daños producido por personas hacia otros individuos (Feinberg 1985: xiii; Dworkin 2005: 305). El supuesto de este principio es el de una relación donde un individuo afectará o ha afectado los intereses de otro. Asimismo, se suele remarcar que el beneficiario no participa voluntariamente de la producción del daño producido. El individuo recibe un daño en contra de (o sin) su consentimiento. Por ello, puede

decirse que el principio de daño interviene sobre actos hetero-referentes con relación al beneficiado por el principio.

Por su parte, los actos paternalistas necesariamente implican el abordaje de una conducta de algún individuo por su propio bien. Esto es lo que se denomina actos auto-referentes, es decir, actos realizados por un individuo que tienen impacto sobre sí mismo. Pues bien, esta diferencia, importante para discutir sobre el paternalismo y su justificación, ha sido obviada por Nussbaum. Según ella, ciertas medidas “paternalistas”, como la obligación de usar cascos o cinturón de seguridad en el manejo de vehículos motorizados, podrían justificarse si las razones de tales intervenciones “yacen en los costos que dichas lesiones incurridas por tomadores de riesgos imponen sobre la sociedad a través del sistema de salud” (Nussbaum 2000b: 131). Si la medida se justifica en función al objetivo de reducir los costos sociales ocasionados por los accidentes, entonces la medida no puede ser considerada como paternalista, dado que interviene sobre los individuos, no para evitar que ellos se hagan daño a ellos mismos (evitar daños a la salud), sino para evitar que estos dañen económicamente a los otros miembros de la sociedad que aportan al sistema de salud. Se trataría en ese sentido, de una forma colectiva del principio de daño y no de un caso de paternalismo.

Séverine Deneulin, por otro lado, ha afirmado que en algunas ocasiones es importante enfocarse más en funcionamientos que en capacidades, dado que la libertad (capacidad) no es el único fin a proteger a través de las instituciones sociales<sup>43</sup>. Esta afirmación de Deneulin significaría una relativización (ciertamente razonable) del peso que ofrece la tesis sobre la prioridad de capacidades sobre funcionamientos. Sin embargo, esto no resuelve la cuestión de la justificación de intervenciones paternalistas concretas desde el EC, menos aún en el campo de la salud.

Posteriormente a ello ha habido un abordaje desde el enfoque a una clase especial de intervención paternalista: el *paternalismo libertario*. Jennifer Ruger (2009), por ejemplo, analizó de forma breve sobre las posibilidades de esta clase de intervención en el campo de la salud, concluyendo que esta clase de intervención podría ser justificada en algunos casos. Aquellos casos justificados podrían ser aquellas intervenciones en el campo sanitario que no signifiquen una restricción grave sobre la libertad y autonomía de los beneficiarios y que permita en la mayoría de casos posibles que los individuos puedan mantener cierto margen de acción para escoger el funcionamiento compatible con su visión del bien, pudiendo ir en contra de la intervención paternalista implementada (Ruger 2009: 155-157)<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Según Deneulin:

“Es algunas veces deseable que sean los funcionamientos y no las capacidades los que se constituyan como las metas de la política pública. En algunas áreas, es algunas veces más importante contar con personas que funcionen en ciertas maneras antes que darles la oportunidad de funcionar en el sentido que estimen conveniente. Es algunas veces más importante concentrarse en el bien humano (funcionamientos), antes que en sus libertades y oportunidades de realizar ese bien humano (capacidades). La libertad no es el único bien a promover, sino un bien entre otros” (Deneulin 2002: 506).

<sup>44</sup> El *paternalismo libertario* tiene tres (03) características. En primer lugar, suponen una afectación no grave sobre la libertad de los beneficiarios (*paternalismo débil*). En segundo lugar, procura que la medida sea un medio para que las personas alcancen los fines trazados (*paternalismo de medios*). Finalmente, en tercer lugar, esta clase de intervenciones trata de aprovechar las limitaciones de racionalidad y autocontrol de las personas para que las medidas logren el resultado buscado. Es decir, la misma razón que justifica la intervención (siguiendo la tesis blanda del paternalismo) es a la vez uno de sus componentes (Cfr. Conly 2013: 8; Sunstein 2014: 20). Este es seguramente el atributo más polémico que posee esta clase de intervención, dado que el aprovechamiento de los sesgos para lograr que sea efectiva parece ser un claro caso de manipulación. Si uno considera los principios prácticos derivados del enfoque de capacidades (que pueden apreciarse en el último capítulo), uno eventualmente podría concluir que el paternalismo libertario, o en todo caso muchos ejemplos de esta clase de medida, no serían compatibles con el EC. La posibilidad de manipular a los beneficiarios para que logren resultados deseados ignoraría la necesidad de explorar otras alternativas (no paternalistas) que logren solucionar

Esta clase de medidas abarcan muchos más supuestos, algunos bastante polémicos<sup>45</sup>. Un ejemplo de esta clase de intervención serían los periodos de espera (o *cooling off periods*)<sup>46</sup>. Estos mecanismos pueden considerarse como una forma débil de paternalismo, destinado a que las personas realmente consigan lo que consideran que es adecuado para ellos. Esto es un avance importante y bastante útil para el propósito de esta investigación, pero insuficiente, debido a que, entre otras cosas, no se aborda el espectro de todas las clases de intervenciones paternalistas posibles ni se consideran los aportes actuales y más importantes sobre el estudio del paternalismo.

Rutger Claassen (2014) ha sido de los pocos investigadores que ha analizado las posibilidades del paternalismo desde el EC, analizando exhaustivamente la obra de Nussbaum, a fin de encontrar aquellos casos donde el paternalismo aparentemente se encontraría justificado. De esta forma, además de concluir que toda propuesta normativa del EC debe necesariamente confrontar con la discusión sobre el paternalismo (2014: 72), el autor encuentra y sistematiza cinco categorías de supuestos (2014: 63-68) que, de acuerdo a la obra de Nussbaum, habilitarían la entrada al paternalismo de forma compatible con el EC.

Según la primera, el paternalismo puede ser compatible en aquellos supuestos donde las personas no cuentan con capacidades para la elección voluntaria (*Absence of capacities for voluntary choice*). Aquí se encontrarían aquellos casos de incapacidad general (personas con discapacidad, por ejemplo) y aquellos casos donde una persona ha renunciado (se ha rendido) involuntariamente de emplear sus capacidades. En segundo lugar, el paternalismo es compatible con el EC si la intervención tiene como objetivo desarrollar la capacidad interna de una persona (*Capability training*).

En tercer lugar, es compatible con el EC toda medida paternalista que realice una o más capacidades de una persona, distintas de las capacidades que están siendo promovidas por la medida paternalista (*Capability support*). Esto último se aplica en el caso de las capacidades arquitectónicas, que de acuerdo a la propuesta de Nussbaum consisten en la afiliación y la razón práctica (Nussbaum 2012: 59). Estas capacidades tienen la virtud de ayudar al desarrollo de otras, por lo que toda intervención paternalista que busque promover aquellas será compatible con el EC. En cuarto lugar, se encuentran aquellos casos donde el individuo voluntariamente renuncia al ejercicio de sus capacidades, con el consiguiente riesgo de perderlas de forma permanente (*Capability surrender – voluntary*), esto se aplicaría en el caso de personas que intenta suicidarse, personas que padecen adicciones a drogas recreativas, entre otros supuestos análogos.

---

el problema. Pero además, y derivado de lo mencionado justo atrás, descarta el hecho que las personas podrían ser entrenadas para que desarrollen habilidad que ayuden a evitar los sesgos (aunque esto tiene claros límites), algo que uno podría derivar de la importancia para el enfoque de la agencia individual. El debate sobre el paternalismo libertario es sumamente rico en hallazgos, problemas y potenciales avances, y hay abundante literatura que explora sus aplicaciones en diversos campos. Aquí no se hará una revisión de lo que es el paternalismo libertario porque escapa del modesto objetivo general de esta investigación. Pero cabe agregar, que no hay duda que todo lo desarrollado aquí, y en especial las pautas para justificar medidas concretas de paternalismo en salud desde el enfoque, puede ayudar a dar luces sobre las posibilidades de su vertiente libertaria, cuestión que debería abordarse en futuras investigaciones. Para mayor información (Cfr. Mitchell 2005; Qizilbash 2011; Veetil 2011; Grüne-Yanoff 2012; Kelly 2013; Sunstein 2013; Conly 2013; Sunstein 2014; Le Grand y New 2015).

<sup>45</sup> Mozaffar Qizilbash (2011), por su parte, y contrariamente a lo sostenido por Ruger, analizó el paternalismo libertario desde el EC (aunque no desde el campo sanitario únicamente), concluyendo que había que ofrecer una resistencia o suspicacia a esta clase de intervención.

<sup>46</sup> Los periodos de espera han sido considerados desde el EC. En el campo sanitario, por ejemplo, Nussbaum considera que es una alternativa paternalista válida para el caso de las esterilizaciones voluntarias (Nussbaum 2000b: 131).

Finalmente, estarían aquellos casos donde se busca sostener una práctica (funcionamiento) que apoya o sostiene las capacidades de la persona intervenida como la de los demás (*Capability participation*). Aquí se podría encontrar el sistema político de participación ciudadana (el voto obligatorio) y la existencia de un servicio de salud y de educación parcialmente compulsivo. El objetivo es que la persona ejecute un funcionamiento valioso, pero que a la vez ayude a en el sostenimiento de un mecanismo público valioso para todos. Este caso sería uno de los pocos que no constituye una medida paternalista completa (o tal vez no constituya una medida en algún sentido), dado que se justifica primordialmente en función a objetivos no paternalistas.

Por último, uno de los últimos autores que ha investigado sobre las posibilidades del paternalismo desde el EC ha sido Ian Carter (2014). No obstante, a diferencia de los anteriores autores, el propósito de Carter ha sido ofrecer una interpretación del enfoque que sea capaz de poder remover todo trazo paternalista en su contenido. Carter reconoce que al haber un cambio de foco de los funcionamientos a las capacidades, el EC posee un movimiento anti-paternalista. No obstante, el hecho que constantemente el enfoque sea incisivo en recordar que lo que se busca es que las personas persigan funcionamientos valiosos, la puerta al paternalismo permanecería abierta, y esto es de hecho lo que ha llevado a que en efecto muchos proponentes del EC hayan llegado a justificar (con todas las reservas del caso) medidas paternalistas concretas.

Ante ello, Carter sugiere que la arremetida anti-paternalista sería completa si es que se defiende una preocupación, que vaya más allá de la tesis de la prioridad de las capacidades en vez de funcionamientos, si reconoce el valor de las capacidades como tal, de forma independiente del contenido que puedan tener (2014: 94). De esta forma, el enfoque permitiría que los agentes escojan funcionamientos *disfuncionales*, en la medida que este ejercicio no comprometa las libertades de los demás, lo que sería además extender el principio de daño más allá de lo que el propio Mill habría sugerido. Pero además, esta definición libre de contenidos (o carga valorativa) del concepto de capacidad llevaría a rechazar una tesis bastante aceptada por los defensores del enfoque (aunque debatible en cuanto a sus alcances) de reconocer que existen capacidades y funcionamientos valiosos (Cf. Valencia 2014: 472), tesis que también empuja hacia la cuestión plantearse la validez del paternalismo de forma inevitable en varios casos.

Carter es consciente que sería difícil que aquellos que se adhieren a las tesis principales del enfoque abracen su interpretación particular, y esto hace difícil en cierto sentido que el paternalismo pueda ser completamente excluido como una alternativa válida en algunos casos. Pero además, y esto es algo sumamente importante a resaltar, Carter no demuestra que el paternalismo sea siempre incorrecto en todos los casos. No existe en todo su trabajo un ejercicio argumentativo sistemático y exhaustivo que nos convenza de que el paternalismo nunca se justifica a la luz de las principales tesis del EC. De hecho, Carter tampoco se esfuerza demasiado en tratar de ofrecer ni justificar una definición neutral de paternalismo que ayude a sostener una discusión sin sesgos, considerando la carga peyorativa y valorativa, así como la variedad de definiciones que existen alrededor de esta polémica forma de intervención. En ese sentido, se puede afirmar que si bien existe un extraordinario esfuerzo por excluir o remover todo rasgo paternalista el enfoque, no existe un esfuerzo a la par por convencernos de escoger su interpretación plenamente anti-paternalista del EC.

Todas estas discusiones ofrecen varios elementos valiosos para el propósito de esta investigación. No obstante, existen algunas limitaciones que merecen ser consideradas. En primer lugar, ninguno de los autores antes mencionados ha analizado todos los elementos conceptuales o particularidades del EC para por ejemplo, extraer tesis o principios normativos para luego aplicarlos de forma evaluativa y sistemática sobre el paternalismo.

La necesidad de extraer estos principios radica en que estos establecerían restricciones a la posibilidad de validar las intervenciones concretas. Por ejemplo (como aquí se sostendrá) la formulación de un principio normativo de capacidad y de agencia llevarían a la conclusión de que toda intervención paternalista, para ser compatible con el EC, tendría que significar una restricción leve sobre la libertad de los individuos y que sólo podría ser justificada si es que se demuestra que las personas beneficiarias no son plenamente competentes (autónomas) para llevar a cabo u omitir las conductas que son objeto de intervención. Esto puede ser en muchos casos fácil de justificar en el caso de los menores de edad o personas con grave discapacidad mental, pero no en el caso de adolescentes maduros o adultos.

En segundo lugar, ninguno de los autores ha justificado la definición de paternalismo empleada, cuestión sumamente importante en esta clase de debates. Esto se debe a que, pese al prolífico desarrollo teórico sobre la cuestión del paternalismo, aún no existe consenso que ponga fin a la cuestión de qué es el paternalismo (Le Grand y Bill, 2015: 7). De hecho, hay en la literatura una vasta cantidad de definiciones, cada una con características sumamente diferentes y en algunos casos comunes (Cfr. Dworkin 2013: 29-31). Una discusión sobre el paternalismo sin justificar la definición empleada puede llevar a más problemas, dado que, en especial en conceptos controvertidos, no queda claro sobre qué se puede llegar a estar discutiendo. En ese sentido, como bien sostienen de Lora y Gascón “los desacuerdos terminológicos dificultan la discusión de fondo, y por eso es crucial precisar los contornos del concepto evitando malentendidos” (2008: 232). No existe siquiera una definición de paternalismo que contenga como componentes alguno de los elementos esenciales del EC discutidos atrás. El segundo capítulo de esta investigación se abocará exclusivamente en ofrecer esta definición. En tercer lugar, prácticamente ninguno de los autores ha empleado las nuevas investigaciones que se han llevado a cabo en la literatura especializada sobre la cuestión del concepto y justificación del paternalismo. La mayoría de autores del EC ha empleado los trabajos iniciales sobre el paternalismo, como los elaborados por Gerald Dworkin (1983a) y Joel Feinberg (1983), quienes, como se mencionó, llevaron a cabo los primeros planteamientos sobre esta clase de intervenciones.

#### 1.4. Reflexiones finales

A lo largo de este capítulo se ha apreciado que no existen impedimentos para discutir la validez de medidas paternalistas concretas desde el enfoque de capacidades. Tanto Sen como Nussbaum, entre otros más de forma explícita, son conscientes que en muchos casos es razonable enfocarse en el logro de funcionamientos en vez de otorgar prioridad a las capacidades humanas por el propio bien de la persona intervenida. Esto además puede confirmarse desde un punto de vista más amplio, dentro de la historia del liberalismo (tradición a la que el EC pertenece), al encontrar que tanto Mill como Rawls admitieron la validez de intervenciones paternalistas dentro de sus propuestas normativas. Rawls ha sido de hecho el que ha tenido menos reparos en admitir el paternalismo y quién como era de esperarse ha ofrecido un método de justificación de medidas concretas más refinado de lo que incluso los defensores del EC han podido ofrecer hasta ahora.

Se ha mostrado además, como diversos elementos conceptuales del enfoque poseen ciertas virtudes para esquematizar mejor la cuestión del concepto y la justificación del paternalismo. Fueron cinco (05) los elementos: capacidad, funcionamiento, agencia y/o autonomía, factor de conversión y umbral de capacidad. Como se ha adelantado brevemente en este capítulo, cada uno de estos elementos jugaría un papel clave en la cuestión de la justificación de medidas concretas paternalistas en salud, que será desarrollado de forma exhaustiva en el último capítulo. Pero antes de discutir sobre las características necesarias que una intervención paternalista en salud debe poseer para ser compatible con el enfoque primero hay que tratar de zanjar la cuestión sobre qué es el paternalismo. Así como encontrar una definición que emplee los elementos conceptuales del EC. El siguiente capítulo realizará un pequeño aporte en ese sentido.

## CAPITULO II: UN CONCEPTO DE PATERNALISMO EN SALUD DESDE EL ENFOQUE DE CAPACIDADES

En el capítulo anterior se demostró que no existen suficientes argumentos para rechazar completamente el paternalismo como una clase de intervención que sea incompatible con el enfoque de capacidades. Para ello, y como modo de antecedente, se vio cómo en la historia del pensamiento liberal (al cual el EC pertenece) no existen suficientes argumentos o tesis plenamente anti-paternalistas para abrazar un rechazo completo a esta forma de medida sobre los individuos.

Tanto John Stuart Mill como John Rawls, personajes claves de esta corriente en la historia del pensamiento filosófico político estuvieron a favor de estas intervenciones, aunque no con el mismo nivel compromiso. Asimismo, desde la literatura del EC, se ha podido constatar que varios autores, entre los que destacan Deneulin (2002), Nussbaum (2000a y 2012) y Claaseen (2014), han reconocido explícitamente la incorporación del paternalismo de forma compatible con el enfoque, con algunas menciones generales e indeterminadas sobre las salvaguardas procedimentales y sustantivas para determinar su validez en casos concretos.

Pese a todo este esfuerzo llevado a cabo por la literatura desarrollada desde el enfoque, no existe todavía un intento por tratar de i) abordar la problemática del concepto de paternalismo considerando gran parte de la literatura existente; ni de ii) ofrecer un concepto de esta clase de intervenciones empleando (incluyendo o excluyendo) los elementos conceptuales pertinentes provenientes del enfoque. La cuestión es la siguiente: el concepto sigue siendo un problema de difícil solución.

Existen en la literatura especializada tantas definiciones de paternalismo como autores que han estudiado el tema (Cfr. Dworkin 2013). Este problema merece ser tratado en la presente investigación y es necesario ofrecer una modesta respuesta para seguir avanzando en la discusión, dado que la ausencia de una definición de paternalismo empleando los elementos del EC no facilita el trabajo de responder a la cuestión de cuándo una intervención concreta de esta naturaleza se justifica empleando las tesis normativas de este enfoque. Esos serían los retos relevantes a trabajarse en el presente capítulo, el cual estará dividido en tres (03) partes.

En la primera parte se ofrecerá una pequeña discusión sobre la idea general del paternalismo para tratar de distinguirla de lo que también en la literatura del enfoque se ha trabajado, a saber, la idea de *perfeccionismo*. En la segunda parte se mostrará la controversia existente alrededor del concepto de paternalismo, en donde además se ofrecerá y justificará una metodología para definir este tipo de intervención. Finalmente, en la tercera parte se procederá a ofrecer una definición neutral y operativa de paternalismo y de paternalismo en salud desde el EC<sup>47</sup>. Se busca que en el siguiente capítulo se pueda discutir de forma exhaustiva y sin muchas dificultades la cuestión de fundamentar cuándo una intervención concreta se encuentra justificada.

Para facilitar la discusión y comprensión de lo sostenido aquí, se seguirá empleando la definición provisional usada en el capítulo anterior. En ese sentido, por *paternalismo* se entenderá a toda interferencia que se basa en la tesis de que “la libertad y autonomía de un

---

<sup>47</sup> Aquí se propondrá que una definición es neutral porque se i) trata de formular un concepto que distinga la discusión de si uno se encuentra ante una intervención paternalista de aquella vinculada a cuándo y cómo podría ser justificada; y porque ii) se encuentra formulada evadiendo todo elemento valorativo y normativo posible. Asimismo, una definición es operativa porque tiene la virtud de servir para identificar lo más claramente posible cuándo uno está frente a medidas paternalistas concretas, y poder diferenciarlas de aquellas intervenciones fundadas en otras motivaciones, como la equidad (Cfr. Le Grand y New 2015: 53 y ss.), moralismo (Cfr. Nussbaum 2006, 94 y ss), el principio de daño (Cfr. Mill 2009a: 68 y ss.), etc.

adulto puede ser restringida por su propio bien” (Deneulin 2002: 499). Cabe agregar, que este será el capítulo con menores elementos del EC.

## 2.1. Sobre el perfeccionismo y el paternalismo

La literatura especializada que ha estudiado la cuestión del paternalismo es algo confusa y divergente. Una de las razones, las que se tratarán en este apartado, radica en el poco esclarecimiento y consenso sobre otros conceptos relacionados al de paternalismo. Este concepto también ha sido mencionado desde la literatura del EC: se trata del perfeccionismo. En la importante discusión sobre el paternalismo, tres autores del enfoque han realizado menciones importantes a este otro concepto: Arneson (2000), Deneulin (2002) y Nussbaum (2000).

La cuestión sobre el perfeccionismo y su aparente diferenciación del paternalismo es importante porque una revisión de estos tres autores nos muestra que no existe un consenso o al menos un esclarecimiento sobre su contenido. Por ejemplo, Arneson, siguiendo Rawls (2010: 299), define perfeccionismo como el principio que afirma que debe considerarse la maximización de resultados de excelencia humana en el arte, la ciencia y la cultura (Arneson 2000: 37). El mismo autor ofrece luego una alternativa estipulativa (y por lo tanto, no sustentada) de perfeccionismo (en un sentido amplio), definiéndolo como aquella “doctrina del bien humano que sostiene que lo que es bueno por su propio bien puede ser fijado independientemente de sus actitudes y opiniones hacia ello” (2000: 38). Ello complica aún más la situación cuando se hace una mención a la idea de paternalismo, el cual presupone que las personas no necesariamente son buenos jueces de lo que es bueno para ellas (2000: 430), lo que entonces justificaría intervenciones por su propio bien, en contra de su libertad y/o autonomía, impidiendo hacer una distinción clara del perfeccionismo.

Nussbaum, por otra parte, en la réplica a la atribución de Arneson de que el enfoque es en efecto una propuesta perfeccionista, ha llegado a sostener que su idea posee algunos de estos atributos, al menos en el sentido aceptable y liberal. Es decir, aquel perfeccionismo que considera la autonomía humana como un bien importante y que debe ser un ideal social el ampliarlo lo más posible (2000: 128). Pero luego de ello, hace una pequeña mención de intervenciones paternalistas (lo que aparentemente entiende como la priorización de funcionamientos en vez de capacidades<sup>48</sup>) que consideraría justificadas (2000: 130 y 131), incluyendo aquellas dirigidas a los menores de edad y a los adultos, en este último caso como la obligación de usar casco al conducir motocicleta o cinturón de seguridad para aquellos que viajen en automóvil.

No obstante este ejercicio, dos aspectos en el trabajo de Nussbaum no permiten despejar toda duda sobre la diferencia entre ambos términos. En primer lugar, no ofrece una definición precisa de paternalismo, lo cual no permite saber a qué exactamente se refiere cuando menciona este término. Y en segundo lugar, si bien parece que define paternalismo en términos de la priorización de funcionamientos sobre capacidades, también admite que esto puede ser entendido como perfeccionismo (2000: 128).

Finalmente, Deneulin (2002) también ha realizado una importante contribución (seguramente la más importante desde el enfoque) sobre la cuestión del paternalismo, incluyendo también el tratamiento de la cuestión del perfeccionismo. En ese sentido, esto último es entendido por ella como una “teoría moral que considera como buenas e independiente de cualquier subjetividad ciertas actividades, tales como el conocimiento, la

---

<sup>48</sup> En su obra *Las mujeres y el desarrollo humano* Nussbaum parece también aceptar esta noción de paternalismo. En su importante discusión sobre el carácter universalista de su enfoque, ella llega a sostener que la lista de capacidades “evita los problemas de paternalismo, insistiendo en que el objetivo político es la capacidad, no el funcionamiento real, y extendiéndose acerca de la central importancia de la elección como un bien” (2002: 163).

salud y la creación artística” (2002: 499). Y diferencia ello del paternalismo en tanto este último consiste en la tesis por la cual “la libertad y autonomía de un adulto puede ser restringida por su propio bien” (2002: 499).

El problema de los términos paternalismo y perfeccionismo, a juicio de Deneulin, es que ha sido usual que este último ha sido asimilado al primero, lo cual ayudaría también a entender la confusión existente sobre estos dos conceptos. Dicha asimilación podría explicarse por el temor que existe entre muchos académicos liberales frente a las amenazas sobre el valor de la autonomía y la libertad, que en efecto parece que son violadas sea que uno se refiera al perfeccionismo o al paternalismo. Pero el enredo conceptual alrededor de estas dos ideas no solo se encuentra presente en el EC, sino que se extiende en general hacia mucha de la literatura existente sobre el tema<sup>49</sup>.

No obstante, es posible ordenar un poco esta discusión. Tomando en consideración lo esbozado por estos tres autores e incluyendo la literatura ajena al enfoque que ha trabajado esta cuestión uno puede inferir que existirían dos (02) conceptos o formas de entender el perfeccionismo. Según el primer concepto, este sería una tesis sobre la naturaleza del bien o de la forma en cómo este puede ser conocido<sup>50</sup>. En ese sentido, sería una tesis que sostiene que los bienes o dimensiones de la vida humana pueden ser determinados independientemente de las apreciaciones subjetivas de las personas. El segundo concepto de perfeccionismo sería aquel que lo considera como una clase de intervención sobre las personas por su propio bien. La “diferencia” (sutil) que tendría con el paternalismo es que el objetivo del perfeccionismo sería el de maximizar ciertos bienes individuales, inspirados en una concepción de excelencia humana (cfr. Nino 2007; Rawls 2010).

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, para Ernesto Garzón (1988: 156), el perfeccionismo consiste en una medida sobre el individuo con el objetivo de perfeccionar (beneficiar) su carácter, aludiendo de esta manera que dichas medidas solo buscan promover virtudes morales. Otra definición de perfeccionismo es la elaborada por Macario Alemany (2005a: 481; 2005b: 272; 2011: 753), la cual, siguiendo la línea planteada por Garzón, asocia dicha medida con la maximización de virtudes morales buscando desplazar los planes de vida o concepciones de bien de los individuos por los del sujeto que interviene. Aunque es importante precisar que Alemany no logra una sugerencia satisfactoria considerando los ejemplos utilizados por él mismo. Blumenthal (2013: 210), por su parte, denominó “paternalismo positivo” a aquellas intervenciones que se inspiran en la promoción de virtudes para el florecimiento humano, lo cual se asemeja parcialmente a las definiciones anteriores (pero que también podría ser entendida en el sentido de paternalismo desde el EC, en tanto el concepto de florecimiento no necesariamente aboca a una noción anti-liberal o elitista del bien). Carlos Santiago Nino (2007: 413), siguiendo la línea de Garzón y Alemany, sostiene que el perfeccionismo entrañaría intervenciones que tienen como objetivo que los individuos acepten y realicen ideales de virtud personal. John Rawls (2010: 299), como ya se mencionó atrás, ha definido el perfeccionismo como aquel principio que sostiene que la sociedad puede definir derechos y deberes con el objetivo “de maximizar resultados de excelencia humana en el arte, la ciencia y la cultura”, definición algo diferente y más estrecha que las mencionadas hasta ahora. Por otro lado, Conly (2013: 103) ha sostenido que existen dos clases de perfeccionismo: moral y bienestarista. El primero presupone hacer que las personas sean moralmente mejores, dado que es moralmente incorrecto actuar de ciertas formas degradantes, como ver pornografía, poseer cierta orientación sexual o embriagarse. El segundo alude las vidas de las personas pueden ser promovidas a través de estándares objetivos. El primero aludiría a un tipo de intervención, mientras que el segundo a una tesis sobre la naturaleza del bien. La lista de definiciones divergentes puede seguir si uno sigue revisando la literatura existente. E incluso la cuestión empeora cuando el paternalismo es distinguido del *paternalismo moral*, lo cual exigiría demostrar la existencia de una distinción entre ambos, además del perfeccionismo. Otros autores han ignorado este debate, como es el caso de Cass Sunstein y Gerald Dworkin. En otra investigación se ha realizado el ejercicio exhaustivo de encontrar las diferencias y similitudes entre todos estos tipos de intervenciones, concluyéndose que el paternalismo moral y el perfeccionismo son una clase particular de medida paternalista (Cfr. Cornejo 2016: 127 y ss.).

<sup>50</sup> Dentro de esta primera forma habría una variante adicional. El perfeccionismo podría ser definido como aquella posición que sostiene que algunas personas son inferiores a otras o que algunas formas de vida son intrínsecamente inferiores a otras (Haksar, 1979: 1). La primera sub-versión es claramente incompatible con el EC, dado el compromiso con la igual dignidad de las personas; pero no queda claro que la segunda sub-versión intuitivamente pueda ser completamente rechazada por el liberalismo y por el EC (Cfr. Arneson 2000, Nussbaum 2000c). Por ejemplo, esta posición ha sido considerada como racional por John Rawls. En su teoría de la justicia, él llegó a sostener que “muy a menudo, está fuera de toda duda que el trabajo de una persona es superior al de otra” (2010: 302). Distinto obviamente es que haya reconocido que esta tesis pueda ser suficiente (o necesaria) para la formulación de principios de justicia en la parte ideal.

Esta es la razón por la cual prácticamente todos los especialistas (comprometidos con cualquier versión del liberalismo) que han trabajado la cuestión del paternalismo han mostrado recelo sobre su validez. Aquellos liberales (p.e. los liberales libertarios) que valoran la autonomía y la libertad como los bienes más importantes (sino los únicos) rechazan el perfeccionismo (asimilado al paternalismo), porque creen que la idea de que alguien pueda fijar cuáles son los bienes o dimensiones humanas valiosas sin considerar a las personas atenta contra los bienes incluidos en su base de información, y por lo tanto, con su concepción de la justicia.

Por otro lado, algunos liberales comprometidos con una pluralidad mayor de bienes respecto de aquellos que abrazan tesis liberales más restringidas mostrarían también un rechazo al perfeccionismo, confundido también dentro del paternalismo, basado en la idea de que las personas deberían ser libres de poder escoger su concepción de la vida buena (o su idea de excelencia humana), y que el objetivo de las instituciones y de los demás sería en facilitarle los medios u oportunidades (universales) para lograrlos, y nada más.

Pero más allá de este desacuerdo, no parece entonces que la primera forma de entender el perfeccionismo se encuentre en contradicción con todo el liberalismo y mucho menos con el EC. Martha Nussbaum (2002), Sen (2010), Deneulin (2002) e incluso autores que han sido considerados por los especialistas del enfoque pese a no pertenecer a este, como John Finnis (2011), han sido explícitos en reconocer que las dimensiones valiosas para que las personas puedan desarrollarse no necesariamente dependen exclusivamente de sus meros juicios o preferencias subjetivas.

De hecho, han sido insistentes en recordar que es a través de la deliberación y el ejercicio de la racionalidad que es posible encontrar las capacidades básicas o centrales (o bienes humanos) para que las personas puedan escoger los distintos funcionamientos valiosos compatibles con sus planes de vida, y en algunos casos en promover directamente ciertos funcionamientos. Esta es de hecho la conocida controversia entre el subjetivismo y objetivo en la ética y la filosofía moral y política, que es una discusión distinta de la justificación de intervenciones paternalistas<sup>51</sup>. Esta es la razón por la cual ni Nussbaum ni Deneulin ni Arneson rechazaron que el enfoque posea elementos perfeccionistas (en el primer sentido), aunque sí rechazaron todo rasgo elitista; así como aquella idea de perfeccionismo que anule todas las posibilidades de la autonomía humana.

Este último rechazo es el importante para esta investigación. El temor al perfeccionismo por parte de los proponentes del enfoque es aquel que se materializa cuando las instituciones y el resto de la sociedad busca imponer, prohibir y/o promover exhaustivamente distintos funcionamientos (siguiendo una idea de excelencia humana) en vez de las capacidades, impidiendo que las personas persigan la vida que tiene razones para valorar. Y este rechazo es una postura en contra de un tipo de intervención (aquella que maximizar funcionamientos

---

<sup>51</sup> En esta importante discusión uno encontraría en pugna dos (02) grupos de posturas desde la filosofía moral. Por un lado estarían todas aquellas tesis subjetivistas, emotivistas, relativistas o no-cognoscitivistas. Estas sostendrían que no existen valores universales u objetivos, sino que estos dependen de cada persona y/o en última instancia del grupo de personas que comparte un mismo código moral (Rachels 2009: 41-44; Blumenthal-Barby 2013: 179; Nino 2013: 50 y 51). En el otro bando se encontrarían todas aquellas concepciones racionalistas, objetivistas o cognoscitivistas. Estas sostendrían que es posible (y necesario) establecer ciertos enunciados normativos o valorativos universales (Alemany 2003: 781) obtenibles a través del ejercicio de la razón práctica (Finnis 2011), que son (o pueden ser) independientes de las apreciaciones subjetivas (Ramiro 2006: 71; Nino 2007: 211 y 355) y deberían ser tomados en cuenta en la toma de decisiones y acciones. Desde el EC, lo que habría que afirmarse con relación a este debate es que los defensores del enfoque abrazan y emplean (aunque no exclusivamente) un criterio objetivo para identificar las dimensiones valiosas, entre otras razones, debido a las limitaciones de basar el valor de los resultados o procesos (individuales o sociales) si es que se considera la adaptabilidad, limitación de conocimiento adecuado y no necesaria racionalidad de las preferencias (Cfr. Nielsen 2014: 404 y ss.). Esto sin embargo no excluye el hecho que el EC combine tanto una perspectiva subjetiva como objetiva del bien (Anand 2005: 302).

tendiendo a alcanzar un punto de perfección), y no en contra de una tesis sobre la importancia de los bienes centrales, dimensiones y/o capacidades universales para todos los seres humanos, independiente de sus preferencias subjetivas.

Esta segunda forma de entender el perfeccionismo sí tiene mucho más parecido con el paternalismo en comparación a la primera forma. Por esta razón, será aquella la que se trabajará en el resto de investigación. La primera forma, que será rotulada como la tesis del *objetivismo moral* (y así hacer una mejor distinción terminológica) no será trabajada a fondo en este trabajo por dos (02) razones.

En primer lugar, porque la discusión sobre el objetivismo (perfeccionismo en el primer sentido) es distinguible de la cuestión de cuándo las personas puedan ser limitadas en su autonomía o libertad por su propio bien (paternalismo), que es la cuestión central de este trabajo. En segundo lugar, porque esta cuestión escapa del objeto de este trabajo, que consiste en el modesto ejercicio de ofrecer los requisitos generales para establecer que una medida paternalista concreta en salud es compatible con el EC, que implica en este caso reconocer la validez general de la tesis objetivista<sup>52</sup>, sin dejar de mencionar que el enfoque no rechaza el subjetivismo en su totalidad (Anand 2005: 302), dado que la elección de las capacidades valiosas por las instituciones nunca debería dejar de lado las preferencias y deseos de los individuos.

## 2.2. Problemas y criterios para definir el paternalismo

La controversia sobre el concepto del paternalismo todavía se encuentra vigente. Son varias las razones por las cuales esta disputa no ha llegado a una solución definitiva. Una de las primeras razones de dicha controversia es que las personas siguen usando el término de forma negativa. De hecho, es usual escuchar en el espacio público que las personas se acusen de ser paternalistas (Feinberg 1986: 4, Camps 1988a; 1988b: 223), presumiendo o manifestando de forma explícita que estas intervenciones o esta aptitud sobre los otros se encuentra siempre injustificada. Habría cierta arrogancia anti-liberal cuando una persona busca limitar la autonomía y libertad de otros por su propio bien (Burrows 1993).

Tampoco existe un consenso alrededor de esta definición porque no existen acuerdos sobre otros términos relacionados y también controvertidos, como los de *autonomía*, *bienestar*, *bien* o *libertad*. Dependiendo de cómo estos son definidos uno puede asumir una posición a favor o en contra de estas intervenciones. Recuérdese por ejemplo, lo importante que fue en el capítulo anterior la interpretación de la idea de *libertad* en el pensamiento de Mill para demostrar la compatibilidad del paternalismo con su obra.

Supóngase el caso de dos personas que se encuentran discutiendo sobre la necesidad de no respetar la autonomía de los adultos de rechazar transfusiones de sangre por su propio bien (en este caso, la salud o la propia vida), a saber, el problema del rechazo de actos / tratamientos médicos por los testigos de jehová. Si una de estas personas abraza una versión extrema del liberalismo (p.e. libertarismo) es posible que la definición provisional ofrecida aquí le llevé a la conclusión automática de que el paternalismo nunca se justificaría (el valor prácticamente absoluto de la autonomía no lo permitiría). Por otro lado, una persona conservadora (p.e. una persona devotamente católica) que abraza una versión absoluta de la vida, la famosa tesis de la *santidad de la vida* (Cfr. Singer 1994; 2003; Le Grand y New

---

<sup>52</sup> Aplicado al campo de la salud, y considerando lo sostenido por Nielsen, la secuencia de justificación, desde el objetivismo, podría completarse de la siguiente manera: i. “el objetivo de la justicia es asegurar a las personas un nivel adecuado de capacidades valiosas [i. ii.] las capacidades valiosas son identificadas usando un criterio objetivo independiente de las preferencias subjetivas [y, iii.] de acuerdo con este criterio objetivo, la salud es una capacidad valiosa” (2014: 406).

2015: 163) o el también denominado *vitalismo*<sup>53</sup>, así como una postura escéptica sobre el valor de la libertad y la autonomía, podría estar de acuerdo con la interferencia sobre la persona, y validar el acto médico como correcto en casi todos los casos.

Otra razón se derivaría de las anteriores. El paternalismo es un concepto controvertido, porque dependiendo de la forma en cómo se interpreten algunos de sus componentes, del contexto de uso (p.e. sanitario, previsional o educativo) o de la posición ideológica de los interlocutores que discuten estos asuntos existirán variadas definiciones, y a raíz de ello se tendrían diversos grados de justificación, desde aquellos que requieren que el paternalismo cumpla con pocos requisitos nada exigentes, hasta aquellas posiciones que restringen su validez en casi todos los supuestos posibles (cfr. Le Grand y New 2015: 7). En el peor de los casos, la propia definición incorporaría un juicio de valor, entremezclando la cuestión de cuándo uno se encuentra ante una intervención de esta naturaleza de si se encuentra justificada.

El detalle clave es que el paternalismo, a diferencia de otros términos, como los de *discriminación* o *terrorismo* (que nunca podrían ser justificados en casos concretos), sí posee espacios de compatibilidad desde el liberalismo y desde el propio EC, como ya se demostró en el capítulo anterior. Esto es lo que H. L. A. Hart (2008: 5-6) ha denominado como la cuestión de la *definitional stop*, que se origina cuando es posible definir un concepto o tema controvertido evitando la discusión sobre su validez normativa, incluyendo con anticipación (en la propia definición) el ejercicio evaluativo de si es justificado o no en todos los casos<sup>54</sup>.

Una razón adicional deriva en la dificultad de trabajar con una definición que no puede ayudar a identificar como paternalistas los ejemplos considerados a evaluar, dado que estos desbordan el alcance del concepto. Por ejemplo, a raíz de la gran polémica llevada a cabo por la promulgación de la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, muchos académicos peruanos mostraron un fuerte rechazo, llegando a considerarla injustificada debido a su naturaleza paternalista y desproporcionada. En una de las más importantes críticas realizadas (Cfr. O'Neill 2013) se calificaron algunas medidas de dicha ley bajo la definición elaborada por Gerald Dworkin (1983a)<sup>55</sup>, pese a que esta no capturaba muchos de los ejemplos evaluados en dicha crítica.

---

<sup>53</sup> El *vitalismo*, siguiendo a Brock, es entendido como la tesis según la cual “la vida humana debe o debería mantenerse a cualquier costo e independientemente de cualquiera que sea su calidad” (2000: 145).

<sup>54</sup> En el campo de la salud, específicamente en la bioética, un término que ha sufrido el mismo problema ha sido el de *eutanasia*. Por ejemplo, si esta es definida como una “muerte tranquila y digna” entonces, con ello se ha superado el problema de si alguna vez la eutanasia es indigna o injustificada (de Lora y Gascón 2008: 232), dado que el propio concepto incluye la respuesta a su justificación. Y el problema es que, a diferencia los términos ya mencionados como *terrorismo*, *asesinato* o *discriminación*, no parece razonable creer que todo caso de eutanasia merezca una misma respuesta evaluativa. Este mismo problema existe en la cuestión del paternalismo.

<sup>55</sup> La definición empleada en dicha investigación entendía paternalismo como “la interferencia en la libertad de acción de una persona, justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada” (O'Neill 2013: 55). Esta definición trabajada por la autora no permitiría considerar como paternalista la prohibición de la venta de productos para niños que vaya acompañada de regalos, premios o cualquier otro beneficio (Literal i) del artículo 8°) ni la exclusividad de comedores y quioscos saludables en las escuelas (artículo 6°) debido a que, entre otras razones, los niños no son los coaccionados. La exigencia del etiquetado de alimentos procesados incluyendo advertencias y la petición de evitar el consumo (artículo 10°) tampoco podría ser considerada paternalista según la definición esbozada porque no implican una interferencia en la libertad del beneficiario, dado que el menor de edad, en este caso, no ve limitado su permiso de comprar el producto en cuestión. Es cierto que la autora ofreció el concepto de lo que se conoce como *paternalismo impuro* (también ofrecido por Gerald Dworkin) para tratar de incluir algunas de estas interferencias dentro de la idea de paternalismo. Pero entonces la definición general debió haber sido modificada o sustituida por una que capture mejor las distintas intervenciones que se van a trabajar. Este hecho es común en la literatura sobre el tema. El propio Dworkin tuvo las mismas dificultades a lo largo de los años, desde su primer artículo publicado en la década de los 70's, hasta su último trabajo elaborado en el año 2013, donde se puede apreciar que define paternalismo en términos mucho más elaborados y distintos que el manejado en su propuesta original (Cfr. Dworkin 1983a, 1983b y 2013).

Una última razón del desacuerdo sobre el paternalismo se encuentra en la divergencia que el término puede tener dependiendo de si se origina o emplea en el espacio público-popular del académico. Algunos por ejemplo han definido el paternalismo en términos de una interferencia sobre la libertad y autonomía bajo el supuesto de que quien interviene considera que el beneficiario posee una falla (de juicio) en su capacidad de auto-regularse para dejar de llevar a cabo la conducta auto-lesiva (Le Grand y New 2015: 23). No obstante, en el espacio popular la idea de paternalismo podría ser mucho más amplia. La razón se debe a que el término alude a la relación padre-hijo, y entonces es razonable que pueda existir una intervención en donde quien interviene lo hace no necesariamente creyendo que el beneficiario tenga una falla de juicio, sino simplemente para promover su bienestar, independientemente de considerar o preguntarse por su capacidad para auto-regularse y qué podría causar este supuesto déficit de autonomía, razón práctica o agencia.

A fin de evitar estos problemas, es necesario apelar a una definición que carezca de aquellas formulaciones normativas y/o valorativas que impidan una discusión ordenada. Se trata entonces de estar de acuerdo e identificar en que existe una relación social concreta (una relación paternalista) sin preguntarse si es correcta. Luego, en lo que sería un ejercicio evaluativo, determinar su validez, justificación o compatibilidad (como prefiera decirse) según un sistema normativo. De esta forma se busca evitar la *definitional stop* recordada por Hart, o lo que Mason llamó el problema de colocar “la carroza normativa delante del caballo conceptual” (2005: 183). También hay que considerar incorporar un concepto que excluya lo más posible otros elementos controvertidos, como los de *libertad*, *autonomía* o *bienestar*, dado que tampoco permitirían una discusión desesgada sobre la validez de una intervención concreta. Finalmente, hay que considerar la intuitiva validez del uso popular del término, asociado a la relación padre-hijo, dado que sí posee cierta racionalidad para ofrecer una mejor definición.

En ese sentido, existirían dos (02) enfoques para definir el paternalismo: el basado en valores en pugna y el normativamente cargado. El primer enfoque a considerar sugiere que a la hora de crear una definición de un asunto controvertido se considere de forma objetiva los valores o aspectos involucrados en la discusión (Grill 2013: 36). Dado que el paternalismo es una intervención problemática la idea es encontrar una definición que reconozca y capture todos los bienes en colisión.

Así, el paternalismo podría ser entendido como aquellas intervenciones que “promueven el bien a expensas de la libertad, e independientemente de las creencias, intenciones y sentimientos” (Grill 2013: 36). También podría definirse como toda intervención realizada sobre un sujeto bajo la premisa de que su “libertad o autonomía [...] puede ser restringida por su propio bien” (Deneulin 2002: 499). Una tercera alternativa sugiere que sea entendida como la interferencia “sobre la libertad de una persona con el objetivo de evitarle un daño sobre sí mismo” (Claassen 2014: 61). O finalmente, como la “práctica de un individuo o del gobierno de interferir con las elecciones de otro individuo con la justificación de que dicho individuo o población se encontrará mejor o protegida de daño” (Ruger 2010: 42).

Estas son unas alternativas válidas para definir el paternalismo, en tanto mantienen presente a través de su propia formulación la cuestión controvertida en el espacio público, sin comprometer necesariamente una posición al respecto, al menos en principio. Y en efecto, parece ser el enfoque asimilado desde el EC para definir el paternalismo. Sin embargo habría dos (02) problemas con esta propuesta.

El primero es que plantear la definición en términos de los valores en pugna aumenta los problemas separación entre los aspectos conceptuales de los aspectos de justificación. Si en la discusión sobre el paternalismo uno se encuentra con interlocutores que poseen una posición moral que reconoce la existencia de valores casi absolutos o de una prioridad de algunos sobre otros (como ya se ejemplificó líneas atrás), entonces la propia definición de

paternalismo ofrecería, de antemano, una respuesta sobre su justificación o exclusión sin necesidad de que se evalúe en una intervención concreta<sup>56</sup>. El segundo problema, que también se mencionó arriba, es que se incrementan las dificultades para establecer una definición precisa. Incluir como elementos en la definición de paternalismo los otros conceptos controvertidos incrementa la necesidad de precisión, y esto sin duda dificulta la elaboración de una propuesta lo más exacta y concisa posible.

Según el segundo enfoque, habría dos (02) formas de entender un concepto normativo (Grill 2013: 30). Según la primera, un concepto puede ser cargado normativamente en tanto, sea lo que sea que calce dentro del concepto analizado, provoca una reacción a favor o en contra de hacer u omitir algo, introduciendo un calificativo valorativo sobre el acto en sí. Un ejemplo es el acto de *asesinar* a una persona. En todos los casos un asesinato sería injustificado, y por lo tanto, excluido como un acto alguna vez legítimo. Y dado que es posible que existan ejercicios legítimos de poder paternalistas (admitido a la vez por los partidarios del EC), muchas veces justificados, la definición no puede ser normativamente relevante en este primer sentido.

Según la segunda forma, un concepto puede ser normativamente importante en tanto, sea lo que sea que calce dentro del concepto, afecte en algún grado lo que deba hacerse o no. En este caso, no se requiere que el concepto sea determinado en términos valorativos en el primer sentido, dado que lo que deba hacerse o no está condicionado por las circunstancias específicas del caso. Esto puede apreciarse con la controvertida discusión que hoy existe alrededor de la eutanasia, como se ha mencionado arriba. Pero si esta es definida como “aquellas acciones u omisiones que provocan la muerte de otra persona en atención a ella” (de Lora y Gascón 2008: 239), es el contexto el que ayudará a determinar si el acto de la eutanasia deba o no realizarse, si se justifica o es ilegítimo.

No obstante, es normativamente relevante porque el hecho que algo sea considerado como eutanasia impacta en la cuestión de qué debe hacerse o no, en este caso, a través de determinar criterios de justificación para dicho acto. Esto significa que la cuestión sobre la definición del paternalismo no puede llegar a ser plenamente no-normativa, porque la discusión de este tipo de medidas, debido a que trata de una intervención de un individuo sobre otro y sobre si se justifica en un caso es siempre de naturaleza normativa. Por ello, la definición debe incluir aquellos elementos normativos necesarios en la discusión, pero que sean pocos y/o lo suficientemente neutrales y abstractos para determinar completamente lo que deba o no hacerse en la etapa de justificación.

Una pauta adicional e importante a la hora de establecer la definición es diferenciar aquellos componentes descriptivos de los normativos, siendo estos últimos hallados en el empleo de términos como *bien*, *daño*, *indebido*, *injustificado malo* o *incorrecto*, etc. La idea es entonces usar un concepto parecido a los de *matar* o *castigo*, en vez del de *asesinar* (Alemany 2005a: 444). Esto se debe a que las primeras conductas requieren de justificación (p.e. matar por legítima defensa), mientras que la última presupone un juicio moral negativo, siendo siempre injustificado.

Esto significaría también que la definición de paternalismo podría incluir algunos elementos normativamente relevantes, como los de *bien*, *daño* o análogos. Siguiendo esta primera

---

<sup>56</sup> Gerald Dworkin (1983b: 106) ha mostrado también la deficiencia de ofrecer una definición con estas características. Por ejemplo, ha sido enfático y claro en demostrar por qué el paternalismo no debería definirse como “aquella medida que vulnera derechos de las personas”. Evitar esta definición es correcta, no solo para prever el problema antes indicado, sino porque de hecho es posible encontrar ejemplos que no calcen con la definición, pese a ser claramente paternalistas. Dworkin plantea el supuesto de una persona que esconde sus pastillas para que su esposa evite realizar un intento de suicidio ingiriéndolas en exceso. Aquí se puede apreciar que se busca ayudar a una persona a que sus actos auto-referentes no le hagan daño, impidiendo que pueda usar un bien sobre el que no tiene derecho alguno y sin violar por ello sus libertades y autonomía.

pauta, una forma de desarrollar un concepto neutral de paternalismo sería partiendo de un enunciado descriptivo, como el sugerido por Alemany (2005a: 444). Según este autor, “el concepto de paternalismo es neutral cuando la afirmación ‘A ejerce paternalismo sobre B’ no conlleva necesariamente el juicio moral ‘A está actuando inmoralmente con respecto a B’ o ‘A está actuando de forma que afecta la autonomía de B’”. Sin embargo, y como sugiere el segundo enfoque, la definición inevitablemente tendría que incorporar un componente normativamente relevante, como el de *bien* o *daño*, por ejemplo; por lo que la definición incluiría ambos elementos, el descriptivo y normativo.

Una segunda pauta es que la definición debe mirarse a la luz de la analogía de la relación paterno-filial (Beauchamp y Childress 2013: 215), dado que es sobre esta relación sobre la que se construye el concepto, tanto en el lenguaje popular como académico, como ya se ha mencionado. El empleo de esta analogía es un criterio controvertido. Esto se debe a que ha sido empleado en la discusión ya sea como criterio para definirlo (Fotion 1979: 191; Alemany 2005a: 489; Beauchamp y Childress 2013: 215), con todas las dificultades que ello podría entrañar, o como un componente de la objeción de la infantilización<sup>57</sup>. Lo cierto es que es importante no rechazar completamente el empleo del conocimiento común o popular a la hora de elaborar esta definición. La analogía debe servir para explicar de forma general al menos algunas características claves de la relación paternalista, pero no para justificarla.

De esta relación se derivarían tres (03) características. La primera característica alude a que todo acto paternalista es un acto de poder sobre el beneficiario, es decir, presupone que el paternalista posee la capacidad de afectar el comportamiento, las preferencias o elecciones del sujeto tratado paternalistamente. La segunda característica es la benevolencia, dado que se asume que un padre actúa con buena voluntad sobre su hijo. La tercera es el de bienestar, porque las acciones de un padre están dirigidas a procurar el bien de los hijos.

En ese sentido, se deberá excluir una definición restrictiva que aluda únicamente a la prevención de daños al beneficiario, como ha sugerido Claassen (2014) en su definición, puesto que nada impide, siguiendo la analogía, que las intervenciones tengan como objetivo lograr beneficios sobre el beneficiario, que implicarían una maximización de un bien, sin necesidad de predicar la existencia de un daño a evitar. De esto también se deriva que el

---

<sup>57</sup> Según la objeción de la infantilización, si uno empieza a tratar a las personas como niños eventualmente asumirán o se acostumbrarán a que sean tratados de esa manera (Conly 2013: 66). La consecuencia negativa es que las personas tenderán a ver disminuida su habilidad para tomar decisiones adecuadas para su bienestar (Feinberg 1983: 3). Una de las razones es que la constante intromisión paternalista eliminaría la motivación de las personas para poder perseguir sus planes de vida por ellas mismas (Wiley, Berman y Blanke 2013: 90; Le Grand y New 2015: 105). Las personas adultas estarían sometidos a los dictados o empujes de una *nana* paternalista, configurándose de este modo la otra cara de la moneda en esta objeción: *la objeción del estado nana*. Quien ha padecido este apelativo no hace mucho tiempo ha sido el ex alcalde de la ciudad de Nueva York, Michael Bloomberg, debido a las diversas medidas paternalistas que llegó a diseñar e implementar, muchas de las cuales no llegaron a ser aprobadas por las autoridades federales. Una de estas medidas consistió en el establecimiento de un límite máximo de las bebidas azucaradas. A través de una norma emitida por la Junta de Salud de la ciudad, Bloomberg promovió que los recipientes de estas bebidas no puedan ser mayor a 16 onzas. Este fue el conocido incidente denominado como *portion rule case* o *Big Gulp ban*, que luego de una larga batalla legal fue invalidada por la Corte de Apelaciones de Nueva York (New York Statewide Coalition of Hispanic Chambers of Commerce v. New York City Department of Health & Mental Hygiene [16 N.E.3d 538 - N.Y. 2014]). El ejemplo viene al caso debido a que la implementación de esta medida originó una ola de impopularidad contra el burgomaestre. La organización “Centro para la Libertad del Consumidor” elaboró un panfleto retratando (de forma alterada) a Bloomberg como una nana, en el cuerpo de una mujer algo mayor vestida de chal y sastre. Se considera que la medida tuvo un impacto en la opinión pública, y tal vez fue un factor externo que empujó la decisión judicial hacia un fallo desfavorable para el alcalde. Pero más allá de lo sucedido, la objeción de la infantilización obvia que en muchos casos las personas emplean muchos recursos cognitivos para obtener ciertas necesidades o funcionamientos, por lo que la medida paternalista sería un alivio para que se ocupen en aquellas cosas en las que están realmente interesados de acuerdo a su concepción de la vida buena. Asimismo, la objeción presume que las personas se transformarán en niños incapaces de velar por sí mismos, restándole fuerza a su validez. Finalmente, no debe olvidarse que las medidas paternalistas pueden ayudar a que las personas desarrollen mejores hábitos o habilidades para lograr sus propios fines, incluso descubrir nuevos fines que no hubieran valorado como importantes de no ser por la medida en sí (Conly 2013: 69-71).

perfeccionismo, en la segunda forma comendada más atrás, sería una tipo general de intervención paternalista. Sería siempre injustificada porque al buscar promover en un grado elevado algunos cuantos funcionamientos (o muy por encima del umbral de capacidad, siguiendo la terminología del enfoque) no se permitiría necesariamente que las personas puedan perseguir adecuadamente sus planes de vida, a través del empleo de toda sus otras capacidades<sup>58</sup>.

Otro tercer punto de partida previo al desarrollo de una definición de paternalismo es determinando bajo qué hecho humano se realiza una intervención de esta naturaleza. Esto puede resolverse diferenciando el principio de paternalismo del más importante y clásico principio del liberalismo para legitimar la interferencia sobre las personas: el principio de daño. Como ya se mencionó, fue Mill quien demostró la validez de este principio normativo para la actuación estatal dentro del liberalismo. El principio de daño sostiene que es válido evitar, eliminar o reducir daños producido por personas hacia otros individuos (Feinberg 1985: xiii; Dworkin 2005a: 305).

El supuesto de este principio es el de una relación donde un individuo afectará o ha afectado los intereses de otro. Asimismo, se suele remarcar que el beneficiario no participa voluntariamente de la afectación. Este recibe un daño en contra de (o sin) su consentimiento. Por ello, puede decirse que el principio de daño interviene sobre actos hetero-referentes con relación al beneficiado por el principio. Por su parte, los actos paternalistas necesariamente implican el abordaje de una conducta (que incluiría a las preferencias y las elecciones previas a su realización) de algún individuo por su propio bien. Esto puede ser descompuesto en dos rasgos.

En primer lugar, que los actos a abordar son auto-referentes, es decir, actos realizados (por acción u omisión) por un individuo que tienen impacto sobre sí mismo, un impacto sobre su propio bien<sup>59</sup>. En segundo lugar, los actos de los beneficiarios que el sujeto paternalista trata

---

<sup>58</sup> Tómese por ejemplo, la polémica “campaña de abstinencia sexual ‘Pacto de pureza’” llevada a cabo por la Municipalidad distrital de Nuevo Chimbote en Ancash, Perú. La campaña tenía como objetivo que los adolescentes que suscriban dicho pacto lleguen vírgenes al matrimonio, y así disminuir los embarazos no deseados, la promiscuidad, el contagio de enfermedades de transmisión sexual y los abortos no deseados. Mientras la medida podría ser considerada como paternalista en salud en tanto busca evitar conductas que generen daños a la salud de los adolescentes, esta sería ilegítima dado que se encuentra enmarcada en función a virtudes morales (relativas) como la pureza y la castidad, así como impedir el ejercicio/empleo de otras capacidades, como aquellas vinculadas a la libertad y salud sexual y reproductiva. La medida sería perfeccionista porque al exigir la pureza y castidad de las personas se está pidiendo el máximo grado de compromiso de abstinencia posible, lo cual contradice o elimina la capacidad de salud reproductiva la cual ha sido considerada como una capacidad central por Nussbaum. Pero la medida también es problemática porque parte de los elementos constitutivos consisten en la realización de dos virtudes morales relativas: la castidad y la pureza, y por esta razón, la intervención también sería incompatible con el enfoque (mayor información en (último acceso: 20/10/17): <https://elcomercio.pe/peru/ancash/alcalde-nuevo-chimbote-insiste-campana-abstinencia-232401>). La política llega a ser mucho más polémica si se considera que la autoridad municipal otorga “certificados de castidad” a las personas que hayan cumplido con el pacto (mayor información en (último acceso: 20/10/17): <https://elcomercio.pe/peru/ancash/chimbote-obispo-critico-entrega-certificados-castidad-232837>).

<sup>59</sup> Si bien es cierto que es difícil imaginar actos que solo afecten a un individuo (lo que permitiría concluir que el paternalismo – y la discusión sobre su concepto y justificación – es irrelevante), es posible establecer una diferencia para demostrar la pertinencia del paternalismo con otra clase de intervenciones, como aquellas fundadas en el principio de daño; o inclusive demostrar que una misma medida puede tener fundamentos en varios principios a la vez. Algo que se menciona en la cuarta pauta de este apartado es que en una gran cantidad de casos una intervención fundada en razones paternalistas podría ser prescindible o requeriría necesariamente de apoyo extra, dado que existen otras clases de intervenciones (paternalistas o de otra clase) que ayuden en la solución del problema, considerando la pluralidad de factores (económicos, políticos, etc.) que lo explican. Pero también puede darse el caso que la intervención en sí pueda tener efectos múltiples sobre distintos bienes, abordando varios factores a la vez, como aquellas intervenciones que buscan ayudar a las personas a dejar de realizar ciertas conductas perjudiciales para su salud (p.e. fumar), pero que a la vez generarían un ahorro económico al sistema de salud. En ese sentido, desde el punto de vista de un bien individual, la medida podría ser defendida a través del principio de paternalismo. Pero desde otra perspectiva, esta podría ser considerada como dirigida a proteger un bien colectivo (p.e. el sistema de salud), y ser defendida como una extensión colectiva del principio de daño. Ambas defensas no son excluyentes, sino por el contrario suman como criterios de

---

valoración para evaluar la validez de una medida concreta. Aquí uno se sitúa dentro de lo que se conoce como el *paternalismo mixto*, que consiste en intervenciones paternalistas que pueden ser defendidas por razones de otra índole.

Por otro lado, el argumento sobre la futilidad también puede ser objetado desde un ángulo diferente, partiendo desde las cuestiones básicas sobre las relaciones entre el individuo y la sociedad. Un argumento fundamental que pone en cuestión la existencia de actos auto-referentes es la tesis, empleada usualmente por los comunitaristas (aunque no exclusivamente por ellos), sobre la interdependencia entre los individuos. Dado que los individuos se encuentran fuertemente entrelazados, no solo por sus conductas sino también por sus creencias, abordar las conductas individuales en ningún caso requeriría de justificación a través del paternalismo. Todas estas podrían justificarse amparándose en el principio de daño o a través de reglas de coordinación social (p.e. vacunación). Es cierto que la tesis de la interdependencia es correcta, en el sentido que existen redes influyendo sobre todos los individuos. La tesis de la interdependencia, no obstante y toda vez que suele ser subyacente a las tesis comunitaristas, podría ser entendida como un componente del holismo, la tesis que afirma una prioridad e influencia de la totalidad sobre todo lo demás (sus partes, y las formas en que estas se relacionan). Llevado al plano de la justicia social, el holismo (defendido en forma fuerte y moderada desde las ciencias sociales) conduce a una amplia o parcial eliminación del papel de las personas; y a la reificación de entidades no individuales tales como el Estado (Bunge 2004: 117), el sistema económico, las significaciones culturales y el medio ambiente.

Este es posiblemente el error que muchos cometerían al negar la posibilidad del paternalismo. Al otorgar un peso excesivamente superior a la totalidad social (sistema) sobre los individuos, consideran que la solución a un problema requiere preponderante o únicamente ser sustentado a través de versiones colectivas de principios como los de equidad o de daño. Así, la agencia o autonomía del individuo no juegan un papel relevante como para explicar al menos en parte el problema, dado que es la totalidad aquello que daña, somete, subordina, transforma en subalterno, culpabiliza completamente de los errores al individuo, etc. De esta forma, hablar de actos auto-referentes parece no tener sentido alguno: todo puede ser derivado a actos hetero-referentes provenientes de la totalidad que impactan sobre los individuos, y con lo cual la discusión sobre el paternalismo parecería innecesaria.

El problema con toda esta objeción es que ignora que las redes sociales son sistemas, y por lo tanto, poseen componentes (individuos) que se relacionan de diversas maneras, pudiendo cada uno influir sobre sí mismo, sobre los demás y sobre la totalidad, al menos de forma limitada. Hay relaciones entre el comportamiento individual y grupal que no pueden negarse. Las redes (sociales) no son independientes de sus componentes; y estos no son plenamente dependientes de aquellas, y por lo tanto, es imposible negar la existencia de actos auto-referentes, que a su vez lleven a considerar la discusión normativa del paternalismo. Asimismo, y esto es algo que suele ser olvidado a menudo, es que las personas pueden tener fallas en sus habilidades de autorregulación, y mostrar conductas con autocontrol o racionalidad limitadas, cuestión que tiene un origen psicológico y neural, o en otras palabras, originado en buena parte a través de rasgos internos del individuo. Por otro lado, si uno abraza la tesis de la interdependencia otorgándole una fuerza y alcance ilimitado, incluso el valor del EC perdería casi todo rastro, dado que la preocupación por el individuo y el reconocimiento de su habilidad para fijarse fines y definir los medios para lograrlos (agencia, autonomía, razón práctica), es decir, que escoja la vida que tiene razones para valorar estaría sumamente debilitada. La tesis objetivista moral del enfoque también perdería fuerza, dado que no sería posible determinar capacidades universales, valores aplicables a toda la especie, dado que la tesis de la interdependencia impediría corroborarla o afirmar siquiera que esto es posible, dado que los valores de una comunidad específica no pueden ser cuestionados ni considerados como mejores o peores respecto de otros.

Todo lo sostenido aquí no significa por cierto que el abordaje de actos auto-referentes deba ser la regla en el campo de la salud médica o pública. La cuestión de la desigualdad material, el respeto por la autonomía individual, la historia personal, la falta de acceso a la participación política, el poco o nulo reconocimiento de la diversidad cultural y el deterioro del medio ambiente constituyen los principales flancos de ataque para abordar y solucionar los problemas de la salud, sea en el ámbito individual (médico) o poblacional (salud pública). En este punto las afirmaciones emitidas desde las ciencias sociales (en parte sustentadas por la tesis de la interdependencia) sin duda alguna están en lo correcto.

Es importante también mencionar que la tesis de las redes sociales influyendo sobre los individuos conllevaría incluso a modificar un poco la noción que se tiene por contagio en el campo de la salud. Christakis y Fowler (2007) encontraron que la obesidad es transmisible a través de vínculos sociales, otorgándole validez empírica a la tesis de la interdependencia. Su investigación, que consistió en la revisión de información cuantitativa de un pueblo durante 32 años (de 1971 a 2003), encontró que las probabilidades de convertirse en obeso se incrementan en un 57% si la persona tiene un amigo con dicha condición de salud. La probabilidad es menor cuando es un familiar adulto (40%) o la pareja marital (37%). El estudio sugiere que "la obesidad puede ser propagada en las redes sociales en patrones cuantificables y discernibles que dependen de la naturaleza de los lazos sociales. [De hecho, el estudio encontró que] la distancia social [es decir, los vínculos entre las personas en sus respectivas redes,] aparecen como más importantes que las distancias geográficas" (2007: 377). Por otro lado, en otros trabajos estos mismos autores permiten deducir que el individuo también juega un papel importante en su propio destino y en el de las redes sociales a las que pertenece. De hecho, en general, las personas tendrían cierta movilidad dentro de ellas, incluso la posibilidad de pertenecer a nuevas redes sociales y abandonar otras; y producir efectos sobre sí mismos. De esta forma, se validaría la existencia y relevancia de los

de abordar pueden ser tanto voluntarios como involuntarios (aquí se encontrarían en varios supuestos los menores de edad y las personas con discapacidad mental).

Una cuarta pauta guarda relación con lo sostenido atrás, cuando se resaltó que no necesariamente el sujeto paternalista interviene sobre otro bajo la creencia que este posee un déficit en su capacidad de auto-regulación (autonomía). En muchos casos es posible que la intervención se haga desconociendo las verdaderas causas que explican la conducta auto-lesiva del individuo. Esto es mucho más probable en el caso de las intervenciones llevadas a cabo a escala poblacional, como son las medidas en salud pública. Debido a la complejidad de los problemas de salud poblacional existentes hoy en día, el paternalismo tendría un papel sumamente limitado, y por lo tanto, serían los principios de autonomía o de equidad, por ejemplo, los que prevalezcan o deban ser más importantes en inspirar intervenciones para abordar el problema de salud.

Ello es así en la medida que muchos problemas de salud, como los vinculados a enfermedades infecciosas y crónicas, son en buena cuenta problemas de desigualdad o de falta de reconocimiento de las diferencias culturales, problemas que las personas podrían evitar si tuvieran los recursos económicos, de reconocimiento y/o los servicios de salud adecuados y suficientes para tratar o prevenir una patología. En otros casos, los problemas de salud pública pueden ser explicados incidiendo en que su existencia se debe a varios factores causales, que mutuamente provocan la aparición de una condición de salud<sup>60</sup> en la población. En estos casos, el paternalismo no sería suficiente, y requeriría de otras intervenciones, tanto o mucho más importantes para abordar correcta y efectivamente el problema en cuestión.

Luego de muchas décadas de estudios epidemiológicos tratando de averiguar los factores de riesgo que explican las enfermedades al corazón, se concluyó que la totalidad de factores conocidos explicarían alrededor del 40% de estos casos (Syme 1996: 463). Esto plantea la importante cuestión de si los factores biológicos (incluyendo el nivel genético), conductuales y ambientales (p.e. agentes tóxicos) deberían ser los considerados preponderantemente desde la epidemiología convencional para explicar la existencia de patologías en los seres humanos; o si por el contrario, deben incorporarse otros factores aparentemente claves, tales como los económicos o los políticos. Si una gran parte de casos de una patología no dependen ni pueden ser explicados totalmente por factores conductuales, entonces el paternalismo (que aborda precisamente estos factores) podría tener un papel bastante limitado en la protección o mejora de la salud de la población en muchos casos.

Por ello, la idea detrás de la introducción de los determinantes de la salud hace ya varias décadas es reconocer que la salud y la enfermedad están determinadas de manera multi-causal y que necesitan ser enfocadas desde una perspectiva multi-escalar. Es decir, convenir en que la salud no es un proceso enteramente dado, sino que es en buena cuenta producido socialmente (Fassin 2004: 298), a través de distintos niveles, desde el nivel global (p.e., calentamiento climático) hasta el nivel individual, que comprende a los estilos de vida (Castro 2013: 20-21). De esta forma, es importante como sostiene Frenk (2013), a la hora de realizar una intervención, entender las relaciones entre la población y su medio ambiente, las características biológicas, la organización social, la estructura económica, las

---

actos auto-referentes. Para mayor información sobre las redes sociales, las propiedades emergentes de los grupos; así como el papel del colectivo y de los individuos (Cfr. Christakis y Fowler 2010).

<sup>60</sup> Las condiciones de salud son “procesos de carácter biológico, psicológico y social que definen la salud de un individuo o una población” (Frenk 2013: 43). Ejemplos de condiciones serían el nacimiento, la alimentación, la reproducción, la incapacidad, la muerte, entre otros procesos vitales (2013: 60). Sería un proceso social cuando se estructuran como actividades sociales (compuestas a veces por conductas), tales como el incremento del riesgo, la promiscuidad, la alimentación insuficiente, excesiva, etc.

instituciones políticas, las condiciones de trabajo, las condiciones de vida, los estilos de vida<sup>61</sup> (que pueden ser abordados por el paternalismo) y los sistemas de atención de salud.

Un punto final a considerar es la cuestión de los riesgos e incertidumbres alrededor de las conductas auto-lesivas de las personas que se encontrarían bajo una relación paternalista. Sucede que el paternalismo no solo aborda actos auto-referentes que tengan un efecto inmediato o evidente, sino que también aborda actos que pueden generar ciertos efectos, ya sea porque son probables (frecuentes) o porque se cree plausiblemente que estos efectos puedan desencadenarse. Siguiendo a Hausman y McPherson (2010: 54) las primeras circunstancias mencionadas aluden a la existencia (conocida) de una pluralidad acotada de resultados alternativos para un mismo evento (probabilidad<sup>62</sup>). Las segundas consisten en un estado de desconocimiento<sup>63</sup> (no necesariamente total) de los resultados posibles que puedan darse ante un evento.

En el primer caso, piénsese en el consumo de cigarrillos, donde no necesariamente hay un daño directo, sino el incremento de riesgos de padecer enfermedades crónicas, como el cáncer al estómago o al pulmón. También se encontraría el caso de la obligación del uso de casco al conducir una motocicleta<sup>64</sup>. En el segundo caso uno podría considerar el consumo de alimentos genéticamente modificados, donde no puede afirmarse que estos generen daños a la salud. Un estudio de revisión llevado a cabo por la Academia Nacional de las Ciencias de Estados Unidos de América (2016) ha encontrado que no existe evidencia concluyente que pueda decir algo en contra de estos productos, y lo único que puede afirmarse por ahora es que sus consecuencias negativas en la salud son casi tan inciertas como las que se sabe sobre muchos alimentos regulares, es decir, aquellos no elaborados por técnicas (de ingeniería) de modificación genética actuales.

Este dato, sobre la inminencia, probabilidad y plausibilidad como elementos a considerar es clave también para aminorar el peso que tiene la objeción que exige una relación de causa-efecto a la hora diseñar y justificar una medida paternalista, presentada en la introducción de este trabajo. En realidad, es sumamente deseable que saber qué exactamente causa una conducta auto-lesiva. Pero también es sumamente exigente e irrazonable imaginar que esto siempre tenga que ser así, y mucho peor aún, creer que es posible encontrar una sola causa. Esto se da tanto en el campo medio como de salud pública, aunque más palpable en este último, donde son varios factores los que explican cierto problema de salud, y la información disponible puede ser probabilística (no de causalidad) y limitada a cierto número de factores.

### 2.3. Un concepto de paternalismo en salud desde el enfoque de capacidades

De esta forma, considerando todos los problemas a solucionar, el enfoque elegido y las otras pautas, podría definirse el paternalismo de la siguiente manera:

---

<sup>61</sup> Siguiendo a Frenk, los estilos de vida constituyen un conjunto de conductas compartidas por una población en un contexto específico, “un puente conceptual entre los patrones culturales y conductuales” (2013: 84). El consumo de sustancias nocivas, la mala alimentación, el sedentarismo, la promiscuidad, constituyen ejemplos actuales y distintivos de estilos de vida que incrementan los riesgos en la salud de las personas (Jover 2006: 4).

<sup>62</sup> “La probabilidad es predicable de ciertos hechos y está precisada por los conceptos técnicos de frecuencia relativa, probabilidad y asociación estadística” (Bunge 2004: 276). Otro sentido de probabilidad (no muy relevante para esta investigación) es el de azar, aleatoriedad o espontaneidad (2008: 143 y 150). Aunque debe precisarse que en general todo evento o proceso podría estar comprendido con dosis de azar.

<sup>63</sup> La incertidumbre está relacionada con el concepto de verdad, y más específicamente, al de plausibilidad, es decir, aquel atributo que puede predicarse de proposiciones que pueden ser válidas o potencialmente verdaderas (Bunge 2004: 290 y 291), tomando en consideración su compatibilidad con un cuerpo teórico de conocimiento específico.

<sup>64</sup> “Más de 4 mil ciudadanos en Estados Unidos de América (EUA) han fallecido en accidentes de motocicletas en el 2004, un incremento de más del 85% desde 1997. La reducción del uso de casco, debido a la derogación o relajamiento del cumplimiento de muchas leyes estatales que obligan su uso constituyen un factor importante en el aumento de la tasa de muertes” (Gostin y Gostin 2009: 217).

El sujeto “A” (el paternalista) ejerce paternalismo sobre el sujeto “B” (el beneficiario):

- Cuando “B” lleva (o pueda llevar) a cabo actos auto-referentes que impactan (o puedan impactar) de forma inadecuada o deficiente sobre su bienestar.
- Siendo los actos del sujeto “B” llevados a cabo por acción u omisión, de forma voluntaria e involuntaria.
- Con el objetivo de que el sujeto “B”:
  - o Evite (o pueda evitar) perjuicios sobre su bienestar, u
  - o Obtenga (o pueda obtener) una mejora de su bienestar.
- Cuando el sujeto “A” cree que el sujeto “B” no está llevando (o no llevará) a cabo actos que favorezcan su bienestar, independientemente de conocer la existencia e influencia de otros factores no conductuales que explican el estado del sujeto “B”.

La presente definición recoge todas las recomendaciones analizadas en este capítulo. En primer lugar, se encuentra formulada en términos descriptivos, incluyendo un elemento normativo e indeterminado, a saber, el bienestar del sujeto “B”. Debido a la pluralidad de contenidos que pueda incluir el elemento “bienestar” este es compatible con la pluralidad de bienes que pueden ser protegidos por el paternalismo y qué duda cabe con la tesis del respeto por el pluralismo defendida por el enfoque de capacidades (Nussbaum 2007: 90). En segundo lugar, al excluir la mayor cantidad de conceptos controvertidos permite distinguir claramente la discusión sobre el concepto de la cuestión de su justificación, superando el problema detectado por Hart y advertido por Mason. En tercer lugar, la definición ofrecida es completamente derivable de forma analógica a la relación paterno-filial y sus tres características (poder, benevolencia y bienestar) y a la vez es distinguible del principio de daño.

En cuarto lugar, la definición puede aplicarse a cualquier contexto de uso, por ejemplo, abarcando el supuesto de una intervención médica, situada en la relación médico-paciente, o en el supuesto de una intervención en salud pública, representando la usual relación del Estado frente a una población de individuos. En quinto lugar, la definición es lo suficientemente abstracta para abarcar las intervenciones sobre menores de edad o personas con grave discapacidad, lo que permite discutir la cuestión de la competencia (o capacidad de auto-regulación) del beneficiario en la parte de justificación.

En sexto lugar, se incluye la cuestión del riesgo e incertidumbre relacionada al acto auto-referente del beneficiario, sumamente útil en intervenciones individuales como colectivas, y cuando la idoneidad de la intervención depende de cuestiones que abordan eventos posibles (riesgo e incertidumbre) de afectaciones a la salud. Se ha optado por encontrar un término que trate de capturar ambas ideas, siendo este el de “posibilidad” (Cfr. Bunge 2004: 267 y ss.). En séptimo lugar, es consistente con el conocimiento popular sobre el tema y con cualquier ejemplo distintivamente paternalista estudiado toda la literatura especializada, como el acto de mentir a un paciente (que podría ser incluso defendido por J. S. Mill, como se mencionó en el capítulo anterior), las transfusiones de sangre a personas en estado de inconsciencia que optaron por rechazar dicho tratamiento y los casos de intervenir sobre una tercera persona por el bien de otra que incrementa los riesgos de daños contra su salud, como la prohibición adquirir medicamentos sin prescripción médico o la compra-venta de cigarrillos en cajetillas de pocas unidades<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Como fue establecido en Perú de acuerdo al inciso 5) del Artículo 11° de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, modificado por el Artículo 2° de la Ley N° 29517, que inserta la prohibición de comercializar cigarrillos de tabaco en formatos de paquetes o cajetillas que contengan menos de 10 unidades. Esta norma fue cuestionada a través de una acción de amparo (un tipo de proceso constitucional) por la British American Tobacco Del Perú S.A.C. el 2010. El Juzgado Especializado en lo constitucional que resolvió la cuestión falló en contra de la tabacalera. Entre las razones brindadas, resaltan la no vulneración de la libertad de empresa, la no demostración de que la medida estatal sería inefectiva (pese al estudio de mercado presentado por la empresa, que estimaba dicha consecuencia) y por sobre todo, que la intervención era compatible con el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control de Tabaco que expresamente establecía, en el numeral 3 del artículo 16°, la obligación del Estado parte de procurar

Finalmente, en octavo lugar, la cuestión de otros factores no conductuales es relevante dado que no en todos los casos quien interviene paternalistamente es consciente o puede llegar a preocuparse de todos los demás factores (económicos, políticos, etc.) que puedan o no influir en el acto del beneficiario. Como ya se mencionó, muchos problemas de salud, en especial los de naturaleza poblacional, como los vinculados a enfermedades infecciosas y crónicas, son en buena cuenta problemas de desigualdad y/o de falta de reconocimiento de las diferencias culturales, problemas que las personas podrían solucionar si tuvieran los recursos económicos, de reconocimiento y/o los servicios de salud adecuados y suficientes para tratar o prevenir una patología. En estos casos, una intervención paternalista podría ser prescindible o requeriría necesariamente de apoyo extra, dado que existen otras clases de intervenciones (no paternalistas) que ayuden en la solución del problema público.

En otros casos, la intervención sería una forma de camuflar los otros factores que causan el problema de salud, como un problema de escasez o de ausencia de reconocimiento cultural. Esto debería llevarnos, no necesariamente a descartar la intervención, pero sí a exigir que se lleven a cabo otras adicionales (inspiradas en otros principios), con el fin abordar los otros factores que ayudan a explicar las causas y distribuciones de salud. El paternalismo no puede ser empleado como una excusa para descuidar los otros factores y no atender un problema de salud pública como es debido, a través de un abordaje desde todos los flancos. Al indicar que quien interviene lo hace "independientemente de conocer la existencia e influencia de otros factores no conductuales", se trata de decir que puede ser el caso que la intervención se base en la constatación de que es en efecto un factor conductual el que ayuda a explicar la razón de la conducta auto-referente no beneficiosa. Pero también podría ser el caso que el paternalista no sepa el rol que cumple dicho factor en la explicación del problema de salud de la población, y simplemente presuma que sí es el factor decisivo, pese a que en realidad sean otros (como los económicos) los que expliquen el comportamiento objeto de regulación. Este último rasgo se explicará exhaustivamente en el siguiente capítulo empleando las tesis normativas y elementos conceptuales del EC.

A su vez, siguiendo las pautas antes mencionadas, la definición antes anotada, y considerando los elementos relevantes del EC, se podría elaborar una definición de paternalismo en salud neutral y operativa. Una anotación que podría hacerse es que, por las mismas razones por la cual la autonomía y libertad (ambas incluidas en la definición de paternalismo de Deneulin, por ejemplo) fueron excluidas de la definición de paternalismo debido al rechazo al enfoque basado en valores en pugna, habría que excluir la incorporación de la agencia en la definición de paternalismo desde el EC, por precaución. En ese sentido, esta sería la definición de paternalismo a ofrecer:

El sujeto "A" (el paternalista) ejerce paternalismo en salud sobre "B" (el beneficiario):

- Cuando se ejecutan (o puedan ejecutar), a través de la conducta auto-referente de "B", ciertos funcionamientos en salud inadecuados o deficientes.
- Siendo que las conductas que definen el funcionamiento en salud de "B" son por acción u omisión; voluntarias o involuntarias.
- Con el objetivo que el sujeto "B" logre (o pueda lograr) ciertos funcionamientos en salud, presuntamente mejores que los realizados en caso no existiera la intervención paternalista.
- Cuando el sujeto "A" cree que el sujeto "B" no está llevando (o no llevará) a cabo actos que logren mejores funcionamientos en salud, independientemente de si el sujeto "A" tiene conocimiento de la existencia e influencia de factores de conversión personales o de otra clase que puedan explicar el funcionamiento deficiente o inadecuado de "B".

---

"prohibir la venta de cigarrillos sueltos o en paquetes pequeños que vuelvan más asequibles esos productos a los menores de edad".

- Siendo que el sujeto “B” es una persona o una población de individuos.

Esta definición de paternalismo difiere de la elaborada tanto por Deneulin (2002) como por Claassen (2014). A partir de ahora será esta la definición que se considerará en el estudio del paternalismo de la presente investigación. Asimismo, ha sido elaborada recogiendo todas las recomendaciones analizadas a lo largo de este largo apartado.

En primer lugar, se estructura de forma descriptiva. En segundo lugar, al excluir conceptos controvertidos (p.e., agencia, autonomía, libertad) permite ayudar a distinguir la discusión sobre el concepto de paternalismo de la cuestión de su justificación. Por ejemplo, las afectaciones a la agencia (y autonomía) que una intervención paternalista pueda llegar a producir son aspectos que deben discutirse para determinar su justificación, y esto puede ser independiente de la discusión de si uno se encuentra frente a una intervención paternalista.

En tercer, la definición ofrecida es también completamente derivable de forma analógica a la relación paterno-filial y a la vez es distinguible del principio de daño. En cuarto lugar, la definición es lo suficientemente abstracta para abarcar las intervenciones sobre menores de edad o personas con grave discapacidad, lo que permite discutir la cuestión del grado de agencia del beneficiario en la parte de justificación.

En quinto lugar, la definición de paternalismo incluye la cuestión del riesgo e incertidumbre relacionada al acto auto-referente del beneficiario, sumamente útil en intervenciones individuales como colectivas, y cuando la idoneidad de la intervención depende de cuestiones que abordan eventos posibles. En sexto lugar, la definición es consistente con el conocimiento popular sobre el tema y con cualquier ejemplo distintivamente paternalista estudiado toda la literatura especializada como el acto de mentir a un paciente, las transfusiones de sangre a personas en estado de inconsciencia que optaron por rechazar dicho tratamiento y los casos de intervenir sobre una tercera persona por el bien de otra que incrementa los riesgos de daños contra su salud, como la prohibición de compra-venta de cigarrillos en cajetillas de pocas unidades o los impuestos sobre estos productos.

En sétimo lugar, la definición incluye la importante distinción entre el nivel individual y social, rasgos claves para entender una intervención médica de una en salud pública. Esta distinción es importante porque las medidas de salud pública, debido su unidad de análisis y escala de intervención están dirigidas a un público heterogéneo (Nys 2008: 64; Gostin y Gostin 2009: 215), una población. Cada individuo suele confrontar una medida “*de una sola talla*” que no toma en cuenta su individualidad. Esta característica no es tan relevante en la evaluación de una medida paternalista en el ámbito médico, dado que en casos de esta naturaleza sí es posible evaluar la intervención considerando las particularidades de cada uno de los pacientes beneficiarios. La relación médico-paciente permite este tipo de aproximaciones al individuo (Cfr. Salles 2008). Por esta razón, es importante que la definición incorpore este componente.

En octavo y último lugar, la definición tiene la ventaja de incorporar dos (02) elementos distintivamente claves del enfoque: el de funcionamientos y el de factor de conversión. El primer es sumamente útil y es claramente aceptado por todos los especialistas en el enfoque que han considerado este debate en sus investigaciones sobre el EC. El paternalismo defiende ante todo la idea de que tiene sentido que en algunos casos se prioricen los funcionamientos en vez de las capacidades. En octavo lugar, y derivado de lo anterior, es importante recordar que más allá de cuándo específicamente esta idea es compatible (es decir, en qué casos debería prevalecer dicha priorización), no siempre la promoción de funcionamientos se debe a razones paternalistas. Considérese los casos de inmunizaciones de enfermedades infecciosas, donde se trata de ayudar a las personas a lograr ciertos

funcionamientos en salud, pero no debido a sus actos auto-referentes, sino por razones de coordinación.

Como recuerdan de Lora y Gascón, a quien no es vacunado<sup>66</sup> “no cabe excluirle del beneficio consistente en convivir con personas vacunadas que por ello no van a transmitirle enfermedades” (2008: 176). Este caso presupone que existen ciertos funcionamientos en salud que solo pueden ser garantizados a través de acción colectiva y coordinada, dado que los individuos no pueden obtenerlo o disfrutarlo por ellos mismos (Gostin y Gostin 2009: 219) de forma accesible y enteramente individual, asumiendo cada uno los costos del beneficio obtenido. Estos no son los casos de paternalismo, y la mención en la definición ofrecida cuando se alude a actos auto-referentes precisamente trata de resaltar este punto.

Por último, y derivado de lo anterior, la definición también incorpora la noción de factor de conversión en su composición. En el apartado anterior se mencionó que el enfoque reconoce el papel de las instituciones, las normas sociales e inclusive las relaciones entre los individuos a la hora de evaluar el grado de desarrollo de las personas. Se trata de reconocer y analizar aquellos factores que impactan en el rango de oportunidades reales para funcionar que poseen las personas, así como en su habilidad para poder transformarlas en los resultados que tienen razones para valorar. Se mencionó que existían tres (03) clases de factores de conversión (Robeyns 2005: 99): los personales, sociales y ambientales.

Pues bien, este elemento es relevante dado que, como se mencionó atrás, no en todos los casos quien interviene paternalistamente es consciente o puede llegar a preocuparse de todos los demás factores (económicos, políticos, etc.) que puedan o no influir en el acto del beneficiario. Simplemente, puede ser el caso que el paternalista actúe bajo la creencia que el individuo no está funcionando adecuadamente, y creer que esto se explica enteramente en el individuo o sin preocuparse en otras mejores explicaciones.

Pero la idea del buen paternalismo, del que podría predicarse alguna legitimidad y compatibilidad con el EC es aquél que se basa en la constatación (demostración al menos plausible) de que la conducta auto-lesiva del beneficiario se debe a limitaciones en su capacidad de auto-regulación (factor personal de conversión), y no por los arreglos económicos, culturales y políticos que lo empujan a cierta forma de conducta perjudicial. Este punto requiere ante todo de un ejercicio evaluativo, que escapa del proceso mayormente analítico realizado aquí. Para ello será necesario pasar el siguiente capítulo, donde se ofrecerá una fundamentación sobre los criterios y consideraciones generales y necesarias para definir cuándo una medida concreta y paternalista en salud es compatible con el enfoque de capacidades.

#### 2.4. Reflexiones finales

A lo largo de este capítulo se ha buscado esclarecer toda distinción conceptual relevante para encontrar una definición neutral y operativa. Se ha podido caracterizar de forma un poco más precisa la noción de perfeccionismo que es completamente importante en la cuestión del concepto de paternalismo. Se encontró en efecto que el perfeccionismo puede ser entendido en un doble sentido, como una clase de intervención que busca perfeccionar el logro de ciertos bienes (o funcionamientos) o como un sinónimo para lo que también se conoce desde el EC como la tesis del objetivismo moral. El sentido relevante para esta

---

<sup>66</sup> El abordaje de problemas de salud de coordinación (como muchas enfermedades infecciosas o también llamadas “enfermedades pestilentes”) fueron el objetivo de las iniciales intervenciones sanitarias estatales de la historia, a lo largo de todo el siglo XIX y XX. Se trataba de crear un entorno libre de virus y de otros agentes patógenos, independientemente de que las personas puedan tratar prevenir enfermedades de forma individual. Las medidas por tanto no podían excluir a los demás de los beneficios. Curioso mencionar que las medidas no estaban inspiradas en la protección de la salud de la población, sino en crear condiciones propicias y estables para el comercio dentro y fuera de las fronteras estatales (Cfr. Seuba 2010).

investigación es el primero, dado que está fuertemente vinculado al paternalismo como un tipo de intervención, objeto de estudio de este trabajo.

Asimismo, se han explicado y justificado todos los problemas, criterios y pautas para ofrecer una adecuada de esta clase de intervención. En esta investigación se abrazó un enfoque normativo para definir el paternalismo, que sugiere la elaboración de un concepto con ciertos elementos normativos, pero en la menor medida posible. También se mantuvo presente las características de la relación padre-hijo, dado que representa el vínculo social subyacente a una medida paternalista. Otros criterios o pautas, como reconocer que toda intervención de este tipo aborda actos auto-referentes, la cuestión del término *puede ser* (que incorpora el de probabilidad e incertidumbre), entre otros, también han sido justificados e introducidos en la definición propuesta.

Finalmente, es importante mencionar el concepto de paternalismo en salud ofrecido aquí no tendría que ser definitivo (y seguramente no lo es), pero es un pequeño avance que ayuda a distinguir un poco mejor el ejercicio de identificación de un acto o una relación paternalista de cuándo esta se encuentra justificada. Al sugerir un concepto con los elementos del enfoque de capacidades, se abre la puerta a poder discutir su justificación en casos concretos con mayor sistematicidad y exhaustividad empleando la literatura disponible. De eso tratará el próximo capítulo.



### CAPITULO III: LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO EN SALUD DESDE EL ENFOQUE DE CAPACIDADES

En el capítulo anterior se ofreció una definición neutral y operativa de paternalismo en salud empleando los elementos conceptuales pertinentes del enfoque de capacidades. Para ello, se resolvió la cuestión sobre la diferencia y similitud entre estas medidas y lo que suele denominarse como perfeccionismo, la explicación de los problemas para hallar una definición de paternalismo, así como las pautas que deberían considerarse para ofrecer un concepto adecuado.

Lo que sigue a continuación en este capítulo es realizar un ejercicio mayormente normativo. El trabajo será doble. El primer lugar, se tratará de determinar el contenido de lo que comprende la salud humana, a través del marco evaluativo del enfoque. Para ello se realizará un breve recuento y sugerencia sobre lo que debe entenderse por salud. Una vez resuelto modestamente esta cuestión se ofrecerán las dos (02) concepciones más importantes sobre lo que se entiende desde el EC como la *capacidad en salud*. En segundo lugar, se procederá a determinar los principios normativos relevantes para definir cuándo una medida paternalista es compatible con el EC. De esta forma, se busca ofrecer una pequeña lista de las características o requisitos necesarios que tendrá que considerarse para definir dicha compatibilidad, en el proceso de evaluar medidas paternalistas en salud concretas.

#### 3.1. El debate sobre el concepto de salud

En este primer apartado se hará un breve repaso de las distintas formas o concepciones que se han ofrecido para entender la salud. Realizar este ejercicio es importante porque el alcance o contenido de cada una de las distintas concepciones existentes ayuda a dar algunas luces en el objetivo central de esta investigación, a saber, proporcionar las características que debe poseer una intervención paternalista en salud para ser compatible con el EC.

Un buen punto de partida es reconocer dos (02) hechos. En primer lugar, el debate sobre el concepto de salud todavía se encuentra en disputa. Habría, siguiendo a Nielsen (2014: 407), dos (02) grandes puntos de vista alrededor de esta cuestión: las visiones naturalistas y no-naturalistas.

Las primeras consideran que la cuestión de la salud no puede determinarse en términos evaluativos (a través de juicios de valor), sino a través del conocimiento descriptivo y explicativo. Un individuo (o componente de un individuo) es saludable en tanto se encuentre dentro del funcionamiento normal (estadísticamente hablando) de la especie a la que pertenece (Cfr. Boorse 1975 y 1977) o no posee fallas en los mecanismos que definen el funcionamiento típicos de los distintos componentes y sub-componentes que comprenden su especie (Cfr. Daniels 2008). Por otro lado, las segundas consideran que lo que hace a un individuo saludable es si las capacidades del organismo son buenas para este, considerando su entorno y/o la satisfacción de ciertos aspectos mínimos para el bienestar (Cfr. Nordenfelt 1984, 1993 y 1995).

El debate podría parecer irrelevante a menos que tomemos en cuenta cómo este se ha expresado en el mundo sanitario contemporáneo. Considérese la implementación de estas diversas ideas en el espacio público. La Constitución de la OMS (1946) en su preámbulo establece que la salud es un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Se puede apreciar aquí una definición de salud que apunta hacia la propuesta no-naturalista. No obstante, pese a dicha definición, la práctica médica y el desarrollo de políticas públicas en todo el mundo

mayormente han enfocado las acciones sanitarias en torno a una noción algo más estrecha de salud, es decir, aquella que es definida en función a su complemento dual, el de enfermedad (Venkatapuram 2012: 272). Así, la salud suele ser tratada como la ausencia de enfermedad, siendo que este incluye las enfermedades crónicas e infecciosas, las lesiones, el envenenamiento, etc. (Goldsteen, Goldsteen y Dwelle 2015: 11 y 12), todas estas condiciones que pueden ser representadas dentro de una noción naturalista de la salud.

El segundo hecho que constituye un punto de partida a mencionar (o advertir) en este apartado es que el debate sobre el concepto de salud es demasiado ambicioso y desalentador dada la complejidad requerida hoy en día para que sea resuelto. Elaborar una definición precisa, exhaustiva y correcta de salud desborda descomunadamente el propósito de esta investigación, por lo que solo se ofrecerá un panorama general de esta cuestión que ayude en el ejercicio de cómo demostrar la justificación de medidas concretas paternalistas en salud.

En ese sentido, en esta investigación se sostendrá que definir la salud en términos estrictamente valorativos o apelando a su complemento dual libre de toda valoración no parece capturar de forma adecuada lo que debería entenderse como tal. No debería confundirse i) la enfermedad (o el término más amplio, el de patología) como proceso biológico o psicobiológico que puede emerger como consecuencia de la interacción de factores de diversos tipo (culturales, políticos, económicos, etc.) de ii) su reconocimiento como un problema de salud, siendo esto último algo que depende de los conocimientos o representaciones de la realidad, pero también de juicios de valor (Bunge 2012: 65). No se cree (y de hecho no es cierto) por ejemplo, que un embarazo regular (un claro hecho biológico) constituya una enfermedad, pero es un consenso en todo el mundo que lo concerniente a la salud materna y perinatal<sup>67</sup> merece una fuerte preocupación por las instituciones, y conlleva a un gran esfuerzo en recursos de toda clase para abordarlo, desde el campo médico y de salud pública (OMS 2006).

Esto sin embargo, no elimina la existencia de juicios valorativos. Tómese en cuenta que la cuestión del embarazo y la reproducción también contempla todo un ejercicio desde varios campos por perfeccionar aspectos biológicos de las personas por nacer, por ejemplo, a través de técnicas de ingeniería genética, que rebasa en algunos casos el tratamiento de patologías, como todos aquellos tratamientos asociados a la idea de “perfeccionamiento” (Sandel 2007).

Asimismo, un resultado adverso en materia perinatal como un embarazo ectópico<sup>68</sup> no requiere de un constructo social compuesto esencialmente de una valoración negativa para ser representado como patología, dado que bastaría apelar a la noción de función (aplicado a los procesos de reproducción) para considerarla como tal. Luego se podría concluir, en lo que sería un ejercicio valorativo-normativo distinguible del anterior, que dicha condición prenatal merece una respuesta sanitaria, como es el caso de dicha clase de embarazo, que ha sido considerada largamente y “sin reservas como un desastre en la reproducción humana” (Hadgu, Koch y Westrom 1997: 2404).

Pero algo sumamente importante con relación a la salud es que los seres humanos en general rechazan o repelen la enfermedad y la muerte. Prácticamente todos buscan ejercer su agencia/autonomía para mantenerse saludables. Parece entonces razonable que la idea de mantener un proceso de salud individual estable es una característica casi inherente al concepto de salud. De hecho esta sería una versión más amplia de la noción de equilibrio corporal, homeostasis o constancia del medio interior (ligada a un concepto biológico de

<sup>67</sup> La salud perinatal comprende la atención prenatal, el parto y del recién nacido (CLAP, OPS y OMS 2001: 2).

<sup>68</sup> Un embarazo ectópico se produce cuando el óvulo fecundado se implanta fuera del útero. El lugar más común de implantación es en las trompas de falopio, pero también se da en los ovarios, cérvix y en otras áreas abdominales (Hadgu, Koch y Westrom 1997: 2404).

autonomía) (Bunge 2012: 31), usualmente empleada en la técnica médica para referirse a la salud. Se trata entonces de admitir que el aspecto individual de la agencia y la autonomía humana juegan un papel tal vez constitutivo.

Por ello, y por lo dicho en este apartado, aquí se empleará una propuesta parcialmente normativa-objetiva, que se ubicaría casi a medio camino entre la propuesta restrictiva y sumamente amplia de la salud, o en otros términos, considerando los aspectos valiosos de las propuestas naturalistas y no-naturalistas de la salud. Dicha propuesta emerge de la interacción (o composición) de dos (02) concepciones de la salud: la elaborada por Lennart Nordenfelt (1984, 1993 y 1995) que define la salud en términos amplios y asociados a la agencia individual; y la propuesta con algunos rasgos clásicos de Norman Daniels (2008) para definir lo que debe entenderse por patología. De esta forma, por un lado, se evita conceptualizar la salud en términos de su complemento dual, dado que la salud no es únicamente la ausencia de enfermedad-patología. Y también se ofrece una definición amplia que debería abarcar el concepto de patología, en tanto implica un estado de afectación a la salud. La propuesta ofrecida aquí no está libre de deficiencias, dado que tan solo busca un marco general para asociar las cuestiones valorativas-normativas alrededor de las cuestiones de la salud; junto con aquellas perspectivas científicas que producen conocimiento sobre la salud de forma descriptiva-explicativa.

En ese sentido, la salud será definida en primer lugar y en términos generales como la habilidad (Nordenfelt 1984: 18 y 19) de una persona para alcanzar (lograr) o ejercer un conjunto de actividades básicas o metas vitales (1995: 66 y 145). La habilidad en cuestión presupone tres (03) elementos: la existencia de un agente, la meta para la acción y las circunstancias sobre las que la persona persigue sus metas o realiza sus acciones (1993: 17). En términos más precisos “A está saludable (o tiene salud) si, y solo si, A tiene la habilidad [de segundo orden], dada las circunstancias estándar [de su entorno], de alcanzar [a través habilidades de primer orden] sus metas vitales, el conjunto de metas que son necesarias y conjuntamente suficientes para su felicidad [bienestar] mínima” (1995: 97 y 98)<sup>69</sup>. Por su parte, las metas vitales son entendidas como un estado o situación que constituye un componente necesario (o contribuye) para una mínima vida decente (o feliz) de una persona (1995: 93 y 94). La definición de salud ofrecida posee algunas ventajas. En primer lugar, representa adecuadamente la salud, en tanto constituye una dimensión del bienestar clave respecto de otras dimensiones (p.e. religiosidad, ocio, trabajo, etc.). Si la salud es representada como una habilidad de segundo orden (una especie previa y fundamental a otros bienes/habilidades), entonces se explica por qué muchos organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o la OMS han mencionado la especial importancia que la salud tiene para el progreso social, tanto o incluso por encima de otros bienes también fundamentales.

Siguiendo lo anterior, y en segundo lugar, la definición es deducible de la disposición establecida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual establece en el párrafo 1 del artículo 12° que los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, además de no parecer necesariamente incompatible con la definición de salud establecida en la Constitución de la OMS (1946). El concepto de agencia / habilidad, permitiría vincular ciertos aspectos sociales en la propia definición, y en ese sentido, otorgando una compatibilidad con el sentido literal / convencional de lo que podría comprender las relaciones entre la salud y el “bienestar social”. En tercer lugar, no parece que tampoco

---

<sup>69</sup> Por su parte, siguiendo la propuesta de Nordenfelt, una enfermedad consistiría en “la afectación negativa de la habilidad de una persona para asegurar su bienestar” (1995: 21). La enfermedad, así como el deterioro, las lesiones y deficiencias comprenderían el conjunto de malestares. Es decir, estados que comprometen a la salud (1995: 145). Asimismo, bajo esta premisa, no toda afectación o estado que compromete la salud es un malestar, como es el caso del embarazo, también denominado como condición no mórbida de salud (Frenk 2013:69).

excluya todas las otras definiciones biológicas de salud, como aquella que la entiende como un equilibrio corporal u homeostasis o equilibrio.

En cuarto lugar, representar la salud de dicha manera permite además conectarla con el valor de la agencia/autonomía individual, sumamente clave para esta investigación. En efecto, si la salud es entendida como una habilidad, entonces hay una fuerte relación entre esta, la autonomía y la agencia humana. Sería un componente constitutivo y fundamental de este último elemento. Por ejemplo, si un elemento clave de la salud es la agencia individual para lograr funcionamientos valiosos, entonces parece o podría ser razonable incorporar una carga mucho más fuerte (o un sospecha o recelo) sobre las intervenciones paternalistas, dado que estas medidas pueden llegar a obviar la consideración de aquel componente de forma injustificada. O podría ser también que el EC no incorpore necesariamente una sospecha, pero sí la necesidad de demostrar que en un caso concreto (o en una política específica de salud) sea razonable desplazar el valor de la agencia/autonomía, y preocuparse directamente por garantizar ciertos funcionamientos valiosos en salud de forma directa, ante actos auto-lesivos.

En quinto lugar y último lugar, y también relevante para el estudio desde el EC, al asociar la salud con una pluralidad de metas vitales (p.e. capacidades centrales empleando los términos de Nussbaum; o dimensiones del bienestar en general), se establece de forma mucho más sistémica su inclusión como componente central del bien humano, y qué duda cabe como una representación compatible con el enfoque. La salud sería un elemento básico del bienestar (Nordenfelt 1995: 145), aunque diferenciable de este (Ruger 2010: 42). Dicha definición de salud facilita el paso hacia la discusión de otras cuestiones normativas, como el papel de la agencia/autonomía ante la justificación de intervenciones paternalistas; y ante todo, recuerda la necesidad de equilibrar la realización de diferentes dimensiones del bienestar o capacidades centrales en casos concretos. No obstante las ventajas de la representación de la salud ofrecida atrás, esta no captura de forma algo más precisa la cuestión de qué debería comprender la salud. Ello es más palpable además cuando se toma consciencia de las condiciones de salud abordadas hoy en día por la práctica sanitaria, bastante enfocada en las enfermedades, lesiones, síndromes, etc., que son definidas en términos descriptivos.

En ese sentido, y para lograr algo ligeramente más operativo, la segunda propuesta a considerar será la de “patología”, elaborada por Norman Daniels<sup>70</sup>. Una patología sería “cualquier desviación de la organización funcional natural del miembro típico de una especie” (2008: 37), la cual se daría en diversos niveles escalares del ser humano, como el celular, orgánico, supersistémico o individual. Esto permite mostrar que el complemento-componente de la salud<sup>71</sup> puede definirse en términos no-normativos, estableciendo una diferencia entre el funcionamiento regular<sup>72</sup> y una patología (2008: 42).

---

<sup>70</sup> Para quien, de hecho, la salud sería entendida como la ausencia de patología (no únicamente la ausencia de enfermedad). De esta manera, Daniels ofrece una definición restrictiva de lo que debe entenderse por salud. Aquí solo se tomará en cuenta la definición de patología ofrecida por Daniels. No se considerará que la salud deba entenderse a través de su complemento (patología), puesto que contradice la propuesta de Nordenfelt.

<sup>71</sup> Una revisión más detallada de ambas propuestas puede llevar a la conclusión de que son excluyentes, es decir, que emplear una de ellas impide la utilización de la otra. Ciertamente, esto es plenamente correcto si es que notamos que ambos autores intentan ofrecer una definición de salud. Por un lado, Nordenfelt define la salud en términos de habilidades asociadas a metas vitales, una definición además con elementos normativos que permiten una discusión claramente intersubjetiva sobre los alcances de la salud. Mientras tanto, por otro lado, Daniels elabora una definición de salud que evoca a su complemento dual, el de patología, así como apelar a un criterio descriptivo (función de especie) para darle contenido. Pero no obstante la divergencia mostrada, ciertos aspectos importantes de cada propuesta pueden de hecho complementarse y coexistir, si es que se realizan ajustes importantes como por ejemplo, no considerar la definición de Daniels para representar a la salud, pero sí tomar en consideración su definición de patología (como se ha hecho en esta investigación) como un componente de aquella.

<sup>72</sup> Daniels (2008: 38) entiende el funcionamiento normal de un individuo a una contribución casual (que implicaría la existencia de un mecanismo) hacia la meta típica de una especie, como la supervivencia o la reproducción [...]

Esta idea es pese a ello compatible con el uso actual de la práctica epidemiológica y salubrista, que se preocupa por las cuestiones que impactan negativamente en las personas, como la enfermedad (crónica o infecciosa), las lesiones, las intoxicaciones, las deficiencias y la muerte, en donde puede predicarse la existencia de una disfunción o ausencia plena de todo funcionamiento (muerte, p.e.). Y es de hecho la que será sumamente relevante para los propósitos de esta investigación, en tanto es necesario establecer qué clase de condiciones de salud merecen o deben ser abordadas por intervenciones paternalistas en salud para ser compatibles con el enfoque.

No obstante el rasgo objetivo-descriptivo de esta propuesta, en el proceso de establecer una respuesta social ante la existencia de una patología, es inevitable la realización de valoraciones sobre cuáles y cómo deban ser abordadas. Esto tiene mucho más sentido si consideramos la definición de salud de Nordenfelt ofrecida aquí. El detalle entonces, es definir claramente el paso de la constatación de un proceso biológico (o psico-biológico) disfuncional o inexistente al reconocimiento de una necesidad de salud que merezca ser tratada por los diversos mecanismos que posea una sociedad determinada en un momento y contexto particular. Determinar cuáles de estos artefactos sociales de intervención deben ser considerados y qué características deben poseer es parte del ejercicio central de esta investigación. El mecanismo a ser estudiado es el paternalismo en salud.

Toca a continuación establecer las relaciones entre la discusión sobre el concepto de salud y el desarrollo del concepto de capacidad en salud. El objetivo es entender de forma mucho más precisa el alcance e importancia del paternalismo en salud en el enfoque de capacidades

### 3.2. La capacidad en salud: dos propuestas

Son dos (02) las concepciones principales que han emergido desde el EC para el campo de la salud. La primera, elaborada por Jennifer Ruger, sostiene que la capacidad en salud puede ser entendida específicamente como la habilidad del individuo para perseguir metas vinculadas sobre la propia salud, así como el desarrollo de ciertos funcionamientos en salud específicos (Ruger 2009: 3; 2010: 41). Asimismo y según esta concepción, esta capacidad estaría compuesta por la agencia en salud como por funcionamientos en salud (2010: 42). Por funcionamiento en salud se entenderá, desde esta concepción, como el resultado de la acción de mantener o mejorar la salud, la cual incluye y desborda los funcionamientos en salud física y mental (2010: 45). La agencia en salud, por su parte, consistiría en la habilidad de los individuos en “lograr las metas en salud que ellos valoran sobre su propia salud (2010: 42 y 43). La agencia en salud, siguiendo esta primera concepción, implica no solo “el conocimiento de la salud, sino además las decisiones efectivas hechas con relación a la salud, las habilidades de auto-manejo y auto-regulación, y la habilidad de controlar las situaciones personales y profesionales para perseguir la salud (2009: 147) Ambos elementos, agencia y funcionamiento en salud, constituirían fines últimos de la justicia en salud (2010: 42).

La capacidad en salud también implica, siguiendo las categorías de Nussbaum, la existencia de capacidades centrales y no centrales en salud (Ruger 2009 y 2010). Las primeras serían simplemente las capacidades para evitar la muerte prematura y la morbilidad escapable. Habría un fuerte parecido (sino casi equivalencia) entre aquella y las capacidades básicas, mencionadas brevemente en el primer capítulo. Las segundas serían todas aquellas no comprendidas en la primera, como todos aquellos aspectos de la salud individual que de no verse satisfechos no la comprometan de forma grave y/o irreversible.

---

asociada [por ejemplo] al funcionamiento de los órganos y sus componentes (que podría ser extendido a todos los niveles biológicos – y químicos - de la vida humana). Una desviación funcional sería concebida como una diferencia en una contribución causal a una parte [biológica] relevante. En ambos casos, lo que puede apreciarse es una lectura descriptiva, dentro de una propuesta naturalista de la salud.

Entender la capacidad en salud compuesta de estos elementos permite reconocer la necesidad de incorporar el principio que reconoce que las personas deben participar libremente y en la mayor medida posible en la configuración de sus propias vidas, sin dejar de lado que muchos aspectos de su salud deben ser garantizados de antemano para obtener dicha posibilidad individual para perseguir estos resultados en salud. Sin embargo, al incorporar el valor independiente del funcionamiento en salud se abre las puertas al paternalismo, en tanto esta clase de intervenciones estaría enfocada en promover ciertos funcionamientos, como se ha demostrado en el capítulo anterior. La propuesta de Ruger abriría la opción a determinar un equilibrio entre ambas exigencias (2010: 42).

Otra característica de esta concepción es que considerar la capacidad en salud obliga a tomar en cuenta al menos dos niveles de intervención, uno individual y otro poblacional (2010: 43). La existencia de estos niveles de análisis (micro y macro) no niega el carácter prioritario que ostenta el individuo en la evaluación de los resultados sociales en materia sanitaria. Además, el establecimiento de estos dos niveles supone, para el estudio del paternalismo, reconocer que habrían requisitos de justificación diferentes y distintivos para esta clase de intervenciones en función a la escala.

De esta manera, y considerando los factores internos y externos para comprender la salud del individuo, establece un perfil de los elementos constituyentes de la capacidad en salud. Por ejemplo, los factores internos se encuentran constituidos por el estado de salud, el conocimiento sobre su salud, entre otros. Los factores externos incluyen las normas sociales que afectan a la salud, las redes sociales, la pertenencia a ciertos grupos específicos, entre otros (2010: 45).

Es así que el modelo conceptual ofrecido por Ruger sugiere que la capacidad en salud resulta de la combinación de las condiciones individuales, sociales y ambientales (Bucki 2014: 25). Asimismo, esta propuesta es sumamente útil en tres (03) sentidos diferentes (2014: 26). En primer lugar, relaciona la versión individualista de la salud humana con los determinantes de la salud<sup>73</sup>. En segundo lugar, sugiere una mirada interdisciplinaria para comprender las condiciones de salud de las personas y las poblaciones. Y finalmente, en tercer lugar, permite atar las dimensiones internas y externas de la salud para tener una mirada más sistémica (u holista) de la salud.

Por otro lado, según la segunda concepción de la capacidad en salud, esta puede ser entendida como la habilidad para lograr un cúmulo básico de estados (*beings*) y procesos (*doings*), o teniendo la capacidad global de lograr un conjunto de capacidades y funcionamientos vitales interrelacionados, cada una a un nivel que constituye una vida valiosa conforme a la igual dignidad humana (Venkatapuram 2011: 143; 2013: 271).

Esta propuesta sobre la capacidad en salud se ubica en aquellas tesis filosóficas que cuestionan la definición moderna sobre la vinculación (o mutualidad) entre la salud y la enfermedad, entiendo la primera como la ausencia de la segunda, como ya se ha discutido

---

<sup>73</sup> Siguiendo a Upshur (2013: 20), los determinantes de la salud son las diversas interacciones o conexiones entre el estatus de salud existente y un conjunto de individuos. Habría tantos factores o determinantes como niveles escalares de la realidad (ubicados dentro de las categorías generales de lo biológico, social y ambiental). Son los “procesos, atributos o exposiciones que determinan la probabilidad de que ocurra enfermedad, muerte u otra condición de salud” (Frenk 2013: 81). Los determinantes son variados, como la existencia de agua limpia (ambiental), las relaciones laborales y sus jerarquías (política-económico), el transporte (factores urbano-ambientales), los estilos de vida (sedentarismo); que pueden ser objeto de intervención sanitaria (Gostin y Powers 2008: 1058; Frenk 2013: 26 y 27). Todos estos factores tienen como eslabón final al individuo, sobre quien recae y se manifiesta en forma de condiciones; y pueden ser de naturaleza biológica, ambiental, ocupacional, económica, cultural, conductual, siendo esta última el objeto de abordaje clave del paternalismo. Desde el enfoque de capacidades, los determinantes de salud pueden ser traducidos o asimilados a los factores de conversión y recursos o titularidades (Mabsout 2011: 362).

en el apartado anterior. Asimismo, se busca, si bien reconociendo el elemento descriptivo que proveen las ciencias, configurar una definición que no ignore el aspecto valorativo en relación con la salud de los individuos. Al tomar una definición más amplia de salud, como la habilidad de realizar metas vitales las cuales son necesarias y suficientes para la persecución de una felicidad mínima (2011: 56), se establece una relación entre esta definición en salud y el enfoque de las capacidades.

Por ejemplo, la inclusión de metas vitales puede relacionarse adecuadamente con las capacidades centrales importantes para el desarrollo de las personas, de acuerdo la lista de capacidades centrales ofrecida por Nussbaum. No obstante, esta definición coloca a la salud en un nivel mucho más importante que una mera capacidad central. Al ser un presupuesto para el desarrollo de metas vitales (o capacidades centrales) la capacidad en salud se configuraría como una meta-capacidad (Venkatapuram 2012: 272 y 279), es decir, una capacidad previa y esencial a las otras capacidades centrales que puedan considerarse, y por lo tanto, otorgándole el valor de ser la capacidad más importantes, y por ello, como la meta social más valiosa<sup>74</sup>. Por su parte, según esta concepción, la agencia constituye el empleo o habilidad de conversión de dotaciones individuales y condiciones externas del individuo en funcionamientos (2012: 144).

Estos tres elementos son sumamente relevantes para la discusión del paternalismo. La capacidad en salud de las personas aludiría a todas aquellas oportunidades que tienen las personas para que alcanzar los niveles de salud adecuados. Los funcionamientos serían aquellos logros o resultados de salud efectivos que las personas gozan, sea porque los hayan elegido (p.e. no consumir alimentos con altas dosis de sal y azúcar, consumir pocos cigarrillos, etc.) o porque hayan sido provistos por la sociedad (p.e., inmunizaciones, protección ambiental, salud ocupacional etc.). La agencia en salud sería la habilidad de las personas para lograr resultados en salud, para otros como para ellas mismas, como elegir una dieta según los deseos y creencias; o decidir protegerse frente a daños a su salud, como nadar en playas seguras, abrocharse el cinturón de seguridad por propia voluntad, etc.

Las relaciones de ambas propuestas con la definición de salud ofrecida en el apartado anterior son palpables. En primer lugar, ambas son compatibles con la propuesta sugerida por Nordenfelt, de vincular la salud con la existencia de una habilidad para lograr las bases mínimas para el florecimiento humano. De hecho, Venkatapuram deriva su definición de capacidad en salud de la propuesta de Nordenfelt, atándola al enfoque a través de las categorías conceptuales (capacidades centrales) de Martha Nussbaum junto con la idea de "metas vitales". Ruger por su parte, si bien prefiere no involucrarse directamente en el debate naturalista y no-naturalista (2009: 83) mencionado atrás, sí es consciente de la importancia de incluir la agencia como elemento constitutivo de la salud humana, al incorporarla como un componente de su propuesta.

En segundo lugar, al tener vinculaciones con la alternativa ofrecida por Nordenfelt, y siendo esta pasible de incorporar las nociones más restrictivas de la salud humana (como se expuso atrás), nada impide que las nociones de enfermedad, patología, morbilidad y muerte puedan ser incorporadas. De hecho, es posible introducir las nociones de capacidades centrales en salud de Ruger dentro de la propuesta amplia de salud sugerida en esta investigación, que admitirían la importante aunque básica distinción entre salud y patología y los aportes de la ciencia médica sobre anatomía, fisiología y bioquímica (2009: 83).

---

<sup>74</sup> De esta forma además se puede defender el punto de vista que afirma que no puede considerarse a la salud como independiente del bienestar o de otras áreas de los elementos constitutivos de la vida humana. Además, al distinguir la salud de las metas vitales se busca establecer esa diferenciación entre la salud y los distintos planes de vida que las personas tengan razones para valorar. Se trata de entender la importancia de reconocer que "el bienestar humano depende de una relación empírica entre los aspectos de la vida vinculados o no a la salud" (Cfr. Anand 2005: 303; Bucki 2014: 22).

Finalmente, y en tercer lugar, la introducción de los funcionamientos en salud, como un elemento independiente e intrínsecamente valioso dentro de estas concepciones abre las puertas de forma inevitable para el paternalismo en salud (Venkatapuram 2011: 138). Esta independencia no significa que toda intervención sanitaria (médica o de salud pública) pueda ser defendida únicamente en función a los funcionamientos valiosos que se obtendrían con ella. Toda medida deberá pasar por el filtro evaluativo de todos los componentes.

Ello debe ser así en tanto se el ejercicio correcto es el de demostrar que en ciertos casos concretos o con relación a ciertos problemas poblaciones de salud la agencia/autonomía debe ser desplazada (total o parcialmente) para garantizar ciertos funcionamientos. El enfoque en ese sentido toma una postura abierta en la clásica discusión en la bioética y en la ética de salud pública, a saber, la controversia sobre la colisión entre el principio de autonomía y el de paternalismo (Gostin 2002; Beauchamp y Childress 2013). El paternalismo sería relevante en esta discusión puesto que este siempre presupondría una intervención que tendría como objetivo que las personas alcancen ciertos funcionamientos por su propio bien ante sus conductas perjudiciales, descartando de esta forma la expansión de capacidades y desplazando el papel valioso de la agencia (autonomía o razón práctica) de los individuos. Este sería el marco conflictivo del paternalismo: el logro de ciertos funcionamientos en salud versus el conjunto capacidad real o potencial y la agencia/autonomía de los beneficiarios.

### 3.3. La justificación del paternalismo en salud

Todo lo expuesto hasta ahora nos lleva a la penúltima parte de esta investigación, que consiste en la extracción o derivación de principios o tesis normativas desde el EC y lo desarrollado sobre el contenido de la capacidad en salud para evaluar la justificabilidad de intervenciones paternalistas. Se parte de la premisa, abrazada en forma similar por Rugar (2009: 94)<sup>75</sup>, que el EC puede emerger como un marco normativo que establezca ciertos principios que sean relevantes para guiar la toma de decisiones sobre cómo elaborar o justificar medidas sanitarias.

No obstante, debe quedar claro que el establecimiento de estas tesis o principios no debería significar el establecimiento de criterios precisos, inflexibles e inderrotables para abordar estas cuestiones en todos los casos. En particular, porque no parece que sea razonable creer que en un nivel de medianamente alto de abstracción para el razonamiento normativo sea posible establecer pautas de esta naturaleza, obviando las particularidades de los supuestos concretos que puedan darse; sino además porque es razonable que las pautas o criterios sean lo suficientemente amplias como para permitir su especificación en contextos particulares.

Antes de tratar las particularidades del EC que puedan ayudar a la cuestión de justificar o diseñar medidas paternalistas, es importante trasladar la discusión al importante desarrollo de la bioética en estos temas. El enfoque principialista de la bioética de mínimos, que

---

<sup>75</sup> Como se ha mencionado en la introducción, en general los estudios del EC han sido demasiado imprecisos a la hora de discutir la cuestión de cómo justificar el paternalismo. Establecer como límite de toda intervención paternalista a la dignidad humana (Venkatapuram 2011: 138; Nussbaum 2012: 46 y ss.) o la obligación de someter la decisión a deliberación (Venkatapuram 2011: 150) no es de mucha ayuda o no son suficientes (Rugar 2009: 138) para resolver un problema concreto; habría que avanzar un poco más. Rugar (2009; 2010: 41) ha procurado hacer hincapié en que su propuesta sobre la capacidad en salud logra equilibrar el problema entre el paternalismo y la autonomía, pero no llega a explicar de qué forma, y cómo esto impactaría en el ejercicio evaluativo de intervenciones concretas y paternalistas en salud. Este apartado existe precisamente para avanzar en esa discusión, dado que no es suficiente con mencionar ciertas pautas en un nivel extremadamente elevado de abstracción, que no tome en cuenta las características distintivas de las intervenciones a ser evaluadas (en este caso, el paternalismo). Asimismo, no basta con mencionar que una propuesta ha encontrado un equilibrio entre dos fines valiosos en pugna y no decir exactamente de qué forma este debería alcanzarse.

también trabaja con principios para la toma de decisiones, es de suma utilidad para entender el alcance de las tesis normativas que puedan obtenerse en esta investigación.

La existencia de un conjunto de principios en el campo de la ética de la salud (bioética o de salud pública) corresponde a lo que en la literatura especializada se conoce como el enfoque de la *bioética de mínimos*<sup>76</sup>, el más utilizado en la discusión de este campo hoy en día. Esta consiste en “propuestas que pretenden basar la bioética en el mínimo ético exigible [... que] parte de la distinción entre ética privada y ética pública y considera que la bioética sólo involucra a esta última y ha de basarse por consiguiente en un mínimo ético consensuado” (de Lora y Gascón 2008: 38).

Una característica de los principios de la bioética, y de los principios en general, es que estos no están estructurados para ofrecer soluciones definitivas y precisas a los problemas sanitarios, sino que son indeterminados (Cfr. Anand 2005: 300 y ss.; cfr. Beauchamp y Childress 2013). Los principios, en el mejor escenario, tienen la función de informar y dirigir el razonamiento hacia una pluralidad de soluciones, sin decantarse necesariamente hacia una en particular (Cfr. Dworkin 2012). Esto se debe a que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades institucionales (p.e., los límites legales) y fácticas (p.e., la habilidad real de auto-regulación de las personas) (Alexy 1988: 143). Por consiguiente, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento depende de sus posibilidades de lograrse, en competencia o concurrencia con otros principios que ofrezcan una solución en un sentido diferente o semejante.

Los principios además, cumplen una función en la argumentación. Al ser normas que ordenan que algo sea realizado de la mejor forma, estos pueden entenderse como puntos de partida de discusión (Nino 2007), y permiten incorporar razones válidas de todo tipo para determinar un curso de acción en particular. El objetivo del razonamiento con principios y la incorporación de otras clases de argumentos es que estos ayuden a desembocar la decisión en una regla específica<sup>77</sup>, que defina la decisión a tomar en el contexto abordado. Es decir, para ser aplicados en casos, los principios deben ser transformados en reglas<sup>78</sup> (de Lora y Gascón 2008: 47).

---

<sup>76</sup> La bioética de mínimos puede ser entendida como una derivación de los principales postulados del liberalismo y la democracia al campo de la ética biomédica. El reconocimiento de la diversidad cultural (Kymlicka 2010: 25-46), de la capacidad de las personas de formarse una concepción de la vida buena (Nussbaum 2007: 119), de la necesidad de promover un consenso entrecruzado entre individuos (Rawls 2012: 58-65) podrían ser considerados como los principios rectores que fundamentan este enfoque. En contraposición a este enfoque se encuentra la *bioética de máximos*, que, de acuerdo a de Lora y Gascón consisten en “propuestas bioéticas basadas en una ética de máximos, por ejemplo, en una moral religiosa, o, si se quiere, en un sistema moral comprensivo y totalizador que gobierna tanto en la esfera privada como en la pública, que tiene en definitiva por objeto la justicia y la virtud” (de Lora y Gascón 2008: 37 y 38). La bioética de máximos guarda relación con la defensa del paternalismo moral y perfeccionista, cuestión trabajada brevemente en el capítulo anterior, y como se recordará, rechazada de casi toda legitimidad desde el EC y desde el liberalismo en general.

<sup>77</sup> “Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos” (Alexy 1988: 143 y 144).

<sup>78</sup> Los principios necesitan ser precisados en forma de reglas, “dado que estos son inconcluyentes: por sí mismos no permiten resolver definitivamente un caso. Además de principios, necesitamos reglas que precisen hasta dónde ha de llegar[se]” (Atienza 2010: 72). El problema fundamental de la ética aplicada a cuestiones de salud es el paso de los principios a reglas “o, dicho de otra manera, construir, a partir de los anteriores principios – que, con alguna que otra variación, gozan de un amplio consenso – un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y que permitan resolver los problemas prácticos que se plantean y para los que no existe, en principio, consenso” (2010: 72). Un principio o criterio de valoración podría ser la mención de la salud en el artículo 7° de la Constitución Política peruana o la mención en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC).

Considerando lo discutido a lo largo de esta investigación, está lejos de toda duda que la salud es un bien/capacidad sumamente valioso (intrínseca e instrumentalmente) para cualquier individuo. No obstante, la mera mención de la salud como un bien protegido por las instituciones sociales en la Constitución Política o en

El nivel de los principios tiene la virtud adicional de ser el espacio normativo adecuado para desarrollar espacios de deliberación pública, cuestión sumamente valorada por el EC (Sen 2009: 354-357). En tanto los principios son normas “abiertas” que no ofrecen una solución particular, permite que las diversas concepciones de lo que es justo puedan interactuar deliberativamente para definir de forma precisa, al final, la forma específica (en forma de regla) de la respuesta social organizada para abordar un problema sanitario. Pues bien, este breve repaso de estas cuestiones es sumamente importante puesto que permite afirmar que el nivel de abstracción de las pautas, requisitos o criterios de valoración para determinar la compatibilidad del EC con la cuestión del paternalismo en salud debe entenderse como formulados en el nivel de los principios.

Un aspecto importante que no debe perderse de vista es que, debido a que los principios concurren en un caso concreto y pueden ser realizados en diversos grados, las posibilidades de justificación de una medida paternalista se incrementarían si es que estos principios son satisfechos en mayor medida. La lógica detrás del principialismo es que se consideren todos los principios relevantes, y que traten de satisfacerse algunos lo más posible, otros de forma obligatoria hasta un mínimo, y otros sean desplazados. En ese sentido, los próximos subapartados tratarán de formular los principios de esa manera, sugiriendo el respeto lo más posible de un resultado en particular, como forma de satisfacción de un principio derivado del EC.

---

un Tratado internacional no nos otorga respuesta específica alguna de qué obligaciones específicas emergen para garantizarla. En ese sentido, se puede afirmar que respecto de dicho enunciado normativo existe indeterminación para definir su contenido y la forma de satisfacerlo. Y aunque la lectura de la disposición que protege la salud en la Constitución no nos dice exactamente qué comprende la salud a proteger y de qué formas específicas se protegerá, por sentido común es razonable creer además que lo correcto es tratar de proteger dicho bien lo mejor posible, de tal forma que ayude a que las personas logren concretar sus planes de vida. De ahí que uno pueda derivar de dicho mandato una infinidad de obligaciones concretas (reglas) dirigidas al Estado y al resto de personas para satisfacer los bienes de sus beneficiarios, como el permiso para obtener una segunda opinión médica, el consentimiento informado, el contar con ciertos servicios de inmunización gratuitos, etc.

No obstante, al empezar a ejecutar uno de dichos mandatos uno puede notar que en el proceso de diseño o ejecución se colisiona con otros bienes, como el derecho al trabajo y de huelga del personal sanitario en una institución médica, la autonomía y libertad religiosa de pacientes que profesan ciertas creencias, la privacidad de los datos de pacientes, entre otra infinidad de supuestos. En estos casos, lo que uno encuentra son límites normativos a la optimización de la salud. Del mismo modo, también se encuentran las dificultades para garantizar plenamente la salud de las personas debido a la insuficiencia de la tecnología para producir bienes y servicios plenamente idóneos para tratar una condición de salud, o a la falta de recursos financieros o de recursos humanos, o (para el caso de esta investigación) la existencia de límites internos individuales para la auto-regulación y así evitar conductas auto-lesivas. Aquí se trata entonces de límites fácticos para poder lograr el resultado más óptimo de salud. Todos estos elementos configuran la noción de principio mencionada atrás, es decir, mandatos de optimización sujetos a las posibilidades normativas y fácticas.

Las reglas por su parte, serían los resultados de equilibrar los bienes en colisión. Son disposiciones que han reducido significativamente la indeterminación sobre lo que debe hacerse exactamente. Considérense las reglas admitidas en casi todas las democracias que exigen que las personas sean atendidas de emergencia en cualquier hospital en caso su salud o vida se encuentren comprometidas (con el pago programado de forma posterior a la atención), o la regulación de los servicios de salud durante periodos de huelga, que exigen la permanencia de personal médico para garantizar un servicio mínimo para la comunidad. Uno podría definir las reglas como disposiciones que determinan de forma bastante más precisa un mandato, y estas pueden ser cumplidas o incumplidas, dado que los contornos de su alcance son fácil y mayormente identificables.

Todo procedimiento de equilibrio (o proporcionalidad o ponderación) para determinar en un caso concreto la preferencia (precedencia relativa) en mayor grado de un(os) principio(s) sobre otro(s) culminará con la justificación de una regla establecida, como es el caso de la evaluación de una intervención paternalista, como la realizada por el Tribunal Constitucional peruano a las prohibiciones paternalistas de fumar en ciertos espacios públicos abiertos y de no permitir el área de fumadores en espacios cerrados (Exp. N° 00032-2010-PI/TC. Tribunal Constitucional. Proceso de Inconstitucionalidad: 5000 ciudadanos contra el artículo 3° de la Ley N° 28705 – Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco); o con la creación de una o varias reglas, como sería el caso del diseño de una política pública con varias disposiciones paternalistas como la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, también conocida como la “Ley de comida chatarra”.

De esta forma, se podría establecer cuáles atributos deben tender a poseer toda intervención paternalista en salud para incrementar sus posibilidades de ser compatible con dicho enfoque. Son cinco (05) las tesis normativas que pueden ser extraídas desde el EC que sean de ayuda para determinar cuándo una intervención paternalista podría ser justificada. En tanto el EC reconoce que las instituciones estén equipadas de poderes de coerción y paternalismo (Venkatapuram 2011: 27), se trata de determinar cuándo sería un ejercicio legítimo de dicho poder, es decir, cuáles funcionamientos en salud valiosos, y bajo qué casos, se justifica limitar la libertad y autonomía individual por el propio bien de las personas ante sus comportamientos auto-lesivos.

Es importante mencionar que los principios derivados desde el EC pueden concurrir con otros, provenientes de otros marcos normativos, para determinar la validez de una medida paternalista, siempre cuando también no contradigan al enfoque. Por ejemplo, como cuestión obvia, es razonable exigir que exista cierto grado de certeza de que la intervención será idónea, en el sentido de que esta logre el funcionamiento en salud deseado; así como reduzca o elimine la ocurrencia del funcionamiento deficiente producido en parte por la conducta auto-lesiva (Cfr. Conly 2013: 149 y ss.; Cornejo 2016: 282 y ss.).

Finalmente, es sumamente clave recordar que al ser los principios normas que pueden cumplirse en grados, es razonable partir de la premisa que las pautas a ser ofrecidas al final de este capítulo deben verse como una especie de evaluación multi-criterio de escala móvil<sup>79</sup>. Es decir, que de los principios se derivan exigencias algo determinadas o buenos puntos de partida referenciales y evaluativos para abordar casos concretos. Pero al ser dentro de una escala móvil, estos pueden ser satisfechos en menor medida siempre y cuando no afecten de forma intolerable a las otras pautas derivadas también de los diversos principios. De esta forma, se aprecia también la posibilidad de concurrencia y no anulación de varios principios o criterios en un mismo caso.

### 3.3.1. Prioridad de capacidades sobre funcionamientos

La primera tesis proviene de la diferenciación establecida por el enfoque entre lo que se denominó atrás como capacidades y funcionamientos. Aquí se la denominará como el *principio de prioridad de capacidades*. Según este principio, la finalidad política del desarrollo y la justicia social “debe ser la capacidad y no el funcionamiento” (Nussbaum 2006: 91), dado que esta es la forma más adecuada de mostrar la “preocupación esencial” sobre la capacidad para que las personas lleven el tipo de vida que tienen razones para valorar (Sen 2000: 341), es decir, que las personas tengan la oportunidad de elegir (Nussbaum 2012: 38).

Los arreglos sociales, siguiendo a Alkire, deben ser “evaluados primordialmente de acuerdo a la extensión de libertades que las personas tienen para promover o alcanzar los funcionamientos plurales que ellos valoran” (Alkire 2007: 2). En ese sentido, y en el campo sanitario, si la sociedad asegura las capacidades en salud, los individuos deberán usar su agencia y oportunidades sanitarias para lograr los resultados de funcionamientos “que ellos valoran y tengan razones para valorar” (Ruger 2009: xiii y xix).

En la misma línea, y con relación a este principio y aplicado al terreno de la salud, Nussbaum ha sostenido que “debería darse un amplio margen a las personas para llevar un estilo de vida saludable, pero que la elección debería corresponderles siempre a ellos; no se les debería penalizar por tomar decisiones contrarias a la salud” (Nussbaum 2006: 91). De acuerdo a este principio, y aplicado a la cuestión del paternalismo, las intervenciones

---

<sup>79</sup> La idea de una escala móvil para evaluar la validez de intervenciones paternalistas ha sido considerada por Feinberg (1986: 117-124). La propuesta de Feinberg ha sido cuestionada en diversas oportunidades, debido a la falta de honestidad e incoherencia con toda su posición alrededor del paternalismo, así como las deficiencias técnicas de algunas de las reglas o pautas establecidas. Para mayor información (Cfr. Mason 2005; Beauchamp y Childress, 2013: 120).

paternalistas son compatibles con el enfoque de capacidades si estas no imponen elevados costos o graves restricciones a las opciones que podrían escoger los individuos; o imponen costos triviales. Es decir, siguiendo la clasificación de intervenciones paternalistas en la literatura especializada, estas medidas deberían necesariamente tender en ser débiles y no fuertes para ser compatibles con el EC. Por *paternalismo débil* debería entenderse a todas aquellas intervenciones que imponen nulos o bajos costos; o suponen una nula o leve afectación sobre los bienes de todos los sujetos involucrados en la medida en cuestión, sean o no los beneficiarios de la misma. Según Sunstein, este tipo de medidas influye en las elecciones de las personas sin imponer costos altos sobre estas (Sunstein 2013: 1860; 2014: 58), preservando su libertad de elección en muchos casos<sup>80</sup>. Existirían una gran variedad de intervenciones paternalistas con estas características.

Considérese la colocación de mástiles con banderas de color rojo en las playas en Perú, como forma de recordarles a las personas que no deberían nadar en playas que debido a la fuerza del oleaje pueda producirles lesiones o inclusive la muerte<sup>81</sup>. La medida es débil en

---

<sup>80</sup> En contraposición, por *paternalismo fuerte* se entenderá a toda intervención que impliquen una alta afectación de bienes para las personas impactadas por la medida, sean o no beneficiarias de la misma. Según Sunstein, el paternalismo fuerte implican acciones que tienen como objetivo “mejorar el bienestar de las personas a través de la imposición de costos en las elecciones [de las personas]” (Sunstein 2013: 1860; 2013: 58). No existe una diferencia tajante entre el paternalismo débil y fuerte. Ciertamente, se trata simplemente de un espectro o continuum alrededor de estas clases de intervenciones (Mariner 2014: 1824). El mejor ejemplo para demostrar la gradualidad de impacto, espectro o continuum entre el paternalismo débil y fuerte ha sido planteado por Cass Sunstein:

- “1. El gobierno afirma que nadie puede fumar cigarrillos y que la sanción por fumar es una pena criminal de \$500.
2. El gobierno afirma que nadie puede fumar cigarrillos y que la sanción por fumar es una pena criminal de \$0.01.
3. El gobierno afirma que nadie puede fumar cigarrillos y que la sanción por fumar es una multa civil de \$500.
4. El gobierno afirma que nadie puede fumar cigarrillos y que la sanción por fumar es una multa civil de \$0.01.
5. El gobierno no afirma que nadie puede fumar cigarrillos, pero en vez de ello impone un impuesto en la compra de cigarrillos de \$2.00 por cajetilla.
6. El gobierno no afirma que nadie puede fumar cigarrillos, pero en vez de ello crea un programa que provee de un subsidio financiero de \$500 a los fumadores quienes abandonen el hábito por 6 meses.
7. El gobierno no afirma que nadie puede fumar cigarrillos, pero en vez de ello se compromete en una vívida y aterrizante campaña publicitaria, enfatizando los peligros de fumar.
8. El gobierno no afirma que nadie puede fumar cigarrillos, pero en vez de ello requiere que los paquetes de cigarrillos contengan imágenes vívidas y aterrizantes, enfatizando los peligros de fumar.
9. El gobierno no afirma que nadie puede fumar cigarrillos, pero en vez de ello se compromete en una campaña diseñada para transmitir la imagen de que fumar parece desviado, antisocial o pasado de moda.
10. El gobierno no afirma que nadie puede fumar cigarrillos, pero en vez de ello se compromete en una campaña verídica y con información fáctica mostrando los peligros de fumar.
11. El gobierno no afirma que nadie puede fumar cigarrillos, pero en vez de ello requiere que las cajetillas provean de información verdadera sobre los peligros de fumar.
12. El gobierno no afirma que nadie puede fumar cigarrillos, pero en vez de ello requiere que los vendedores de cigarrillos los ubiquen en un lugar discreto, de tal forma que las personas no pasen a través de estos [en todas sus visitas al punto de venta] y tengan que afirmativamente preguntar por estos.
13. El gobierno no afirma que nadie puede fumar cigarrillos, pero en vez de ello requiere que los cigarrillos sean vendidos en pequeños paquetes, cada teniendo no más de 5 cigarrillos” (2013: 1864).

Establecer la gradualidad puede estar sujeto a grandes disputas, sobre todo con la posibilidad de establecer ordenaciones totales o completas de gradualidad de intervenciones sobre una conducta a ser abordada paternalistamente; y definitivamente la cuestión de su cuantificación puede estar sujeta aún mucho más a grandes críticas. No obstante, esto no niega la existencia de la gradualidad y que sea posible establecer ordenaciones parciales de forma racional, como la que acaba de mostrarse. Esto permitiría considerar a la obligación legal de usar casco de motocicleta o la de abrocharse el cinturón como intervenciones débiles o intermedias, en tanto la consecuencia por no observar dicha conducta no suponga una afectación grave sobre los individuos (p.e., multa de baja cuantía).

<sup>81</sup> Artículo 14° de la Ordenanza Municipal 1850 de la Municipalidad Metropolitana de Lima (Perú).

tanto uno puede compararla con versiones que intervienen mucho más en los beneficiarios, como la prohibición de nadar en playas con la bandera de color rojo o de nadar si no existe un socorrista (Dworkin 1983a: 20). Otro ejemplo serían las campañas de salud o publicidad que incentivan a las personas a ser esbeltas y delgadas (Cfr. Tirosh 2012: 312-319). Esta medida podría considerarse débil en tanto existirían medidas más extremas, como obligarlas a practicar deporte más de una hora al día, o prohibir las papas fritas y en general todos los alimentos procesados.

Otro caso puede ser el establecimiento de una regla por defecto<sup>82</sup> que genere una segunda opinión médica para pacientes que poseen ciertas patologías complejas que requerirían en la mayoría de los casos de al menos un diagnóstico y juicio adicional para estar seguro de las alternativas terapéuticas (Camerer y otros 2003: 1223). Es una regla por defecto y una medida débil sobre el individuo en tanto el paciente tiene el derecho a desactivarla antes que se lleve a cabo dicha segunda opinión. Un ejemplo más de paternalismo débil sería el caso de las prohibiciones establecidas en muchos países de todo el mundo para comprar cajetillas de cigarrillos de pocas unidades<sup>83</sup>, en tanto no impide que la persona pueda adquirir estos productos y no incrementa el costo por unidad de cada cigarrillo.

Las intervenciones paternalistas informativas en general pueden ser catalogadas como débiles, dado que no establecen una obligación o prohibición de realizar la conducta abordada por la intervención. Aquí habría una gran cantidad de ejemplos. Considérese la exhibición del contenido calórico de alimentos y bebidas ofrecidos por cadenas de restaurantes (como fue de hecho establecido el 2008 en la ciudad de Nueva York) (Friedman 2014: 1731), campañas informativas para desalentar el consumo de drogas recreativas (Alemany 2005a: 459); o la exposición de videos a fumadores retratando la forma de morir por un ataque al corazón (May y Otros 2010).

Otra cuestión importante que merece ser discutida es sobre la justificación de medidas paternalistas que requieren de una intervención sobre un sujeto distinto del beneficiario, un tercero, que juega un papel en la realización u omisión de la conducta que será abordada por la intervención. Esto es lo que se conoce como la distinción entre *paternalismo puro* y *paternalismo impuro*. Por paternalismo puro se entenderá toda intervención que implique una afectación o impacto básica o únicamente sobre el beneficiario de la intervención (Feinberg 1986: 9), sea que éste se encuentre de acuerdo o no (Mariner 2014: 1823). No son muchos los casos de intervenciones puras dado que las actividades humanas presuponen interacciones sociales, donde difícilmente uno puede encontrar un acto auto-referente que no involucre a otro. Pero existen algunos ejemplos vigentes hoy en día, como la obligación impuestas a las personas que viajan en vehículos motorizados de usar casco o abrocharse el cinturón de seguridad (Dworkin 1983a: 20), o la promoción de la circuncisión masculina para reducir el contagio de VIH en los hombres<sup>84</sup>. La gran cantidad de ejemplos de intervenciones puras se encuentran en las medidas paternalistas informativas que provienen del Estado.

---

<sup>82</sup> Una regla por defecto es toda aquella opción que prevalecerá (decidida por el paternalista) en caso las personas no decidan por decantarse por alguna alternativa específica, ejerciendo su autonomía (Thaler y Sunstein 2009: 107; Blumenthal-Barby y Burroughs 2012: 2).

<sup>83</sup> Como fue establecido en Perú de acuerdo al inciso 5) del Artículo 11° de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, modificado por el Artículo 2° de la Ley N° 29517, que inserta la prohibición de comercializar cigarrillos de tabaco en formatos de paquetes o cajetillas que contengan menos de 10 unidades.

<sup>84</sup> Según Naniche y Lahuerta "la circuncisión elimina el prepucio, que consta de abundantes células receptoras del VIH. Se ha demostrado que la circuncisión masculina realizada de forma segura reduce el riesgo de transmisión heterosexual de la infección por VIH de mujeres a hombres. Luego de luego de tres ensayos aleatorios realizados en Kenia, Uganda y Sudáfrica se llegó a demostrar que "la circuncisión masculina [...] reduce el riesgo de transmisión heterosexual de la infección por VIH de mujeres a hombres [...] en aproximadamente 60% comparado con los hombres no circuncidados" (2010: 155).

El paternalismo impuro, por su parte, se da cuando, tratando de proteger el bienestar de una persona o grupo de personas se interviene sobre otros individuos distintos de los primeros (Dworkin 1983a: 22). La prohibición de compra-venta de varios medicamentos sin prescripción médica, de alimentos procesados dirigido a niños acompañado de regalos, premios o cualquier otro beneficio<sup>85</sup>, de productos que contengan grasas trans<sup>86</sup> son ejemplos de intervenciones paternalistas impuras. Un caso médico todavía vigente sería la sanción a médicos o responsables legales que no obliguen a menores de edad que viven bajo la religión de los testigos de jehová<sup>87</sup> a recibir transfusiones de sangre (Dworkin 1983a: 22), bastante polémica en el caso de menores de edad que poseen altos grados de madurez (de Lora 2008).

Otro ejemplo controversial en el campo médico sería el caso de los *wannabe* o trastorno de identidad corporal, una extraña condición médica que consiste en que las personas que la padecen no reconocen una parte de su cuerpo como suya, y como consecuencia poseen un fuerte deseo por desprenderse de esta. La medida paternalista médica sería el deber jurídico de rechazar el pedido de amputación de una parte sana del cuerpo (Bayne y Levy 2005; Alemany 2014).

En este caso, parece que no es razonable exigir que las intervenciones paternalistas en salud sean puras como atributo necesario para ser compatibles con el EC. Hay dos (02) razones para sustentar este rechazo. En primer lugar, esto excluiría de legitimidad a un gran número de medidas paternalistas, varias sumamente razonables (como muchos supuestos de paternalismo médico), puesto que la mayoría de estas intervenciones presuponen casi siempre una relación entre personas. Pero en segundo lugar, la razón más importante es que las afectaciones que se den sobre los terceros no beneficiarios pueden ser débiles, siguiendo la clasificación anterior de intervenciones. Una intervención pura e impura puede ser débil o fuerte.

Hasta aquí, y con la información derivada del primer principio derivado del EC, es también posible evaluar, al menos de forma breve, la regulación de la Ley de comida chatarra trabajada en la introducción y otros varios momentos a lo largo de este trabajo. Habrían tres medidas que podría pasar por el filtro en función a este principio: la exclusividad de quioscos y comedores saludables; el etiquetado escogido en la Ley y la prohibición de grasas trans.

En el primer caso, es razonable afirmar que la medida de solo admitir quioscos y comedores saludables en las escuelas no es fuerte, sino tiende o se aproxima a ser débil. En primer lugar, la medida no prohíbe que los menores de edad puedan comer alimentos procesados en las escuelas, solo restringe la opción de compra dentro del recinto escolar. En segundo lugar, la medida no impide que los alimentos procesados puedan ser adquiridos en los alrededores de los colegios, en los puestos de venta que uno pueda encontrar en dicha zona. En tercer lugar, la medida no impide que los padres puedan enviar comida procesada a sus hijos. De esta forma, el conjunto capacidad de los beneficiarios y otros afectados todavía es lo suficientemente amplio como para realizar la conducta regulada.

Por estas mismas razones, la medida tampoco constituye un impedimento total para que los fabricantes de alimentos procesados puedan ofrecer sus productos. Es cierto que uno podría esperar una sustancial caída en sus ganancias en el futuro, pero no parece que esto implique

---

<sup>85</sup> Literal i) del artículo 8° de la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes.

<sup>86</sup> Primera disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes.

<sup>87</sup> El rechazo de los testigos de jehová a las transfusiones de sangre se basa en dos pasajes de la biblia:

- "porque el alma de la carne en la sangre esta (...) Ninguna persona de vosotros comerá sangre, ni el extranjero, que peregrina entre vosotros, comerá sangre" - Levítico (17, 11, 12).
- "empero la carne con su ánima, que es su sangre, no comeréis" - Génesis (9, 4).

una caída absoluta en sus ventas que los lleve a la bancarrota. También es cierto que el compromiso internacional es que las personas abandonen el consumo de estos productos, por el daño que supone a su salud, esto no puede soslayarse a la hora de evaluar el tamaño del mercado que se espera encontrar en unos años, ante un compromiso internacional tan fuerte que es el de reducir la obesidad y el sobrepeso<sup>88</sup>. En todo caso, y con relación a los empresarios, se podría afirmar que la medida no supone una restricción grave ni leve, pero sí media; y hasta este punto uno podría afirmar que está legitimada por el EC. En suma, y como exigiría Nussbaum, la medida no impide que las personas puedan escoger el estilo de vida ni impide la realización de actividad empresarial; en este caso, ofrecer una restricción espacial (y temporal) de la oferta.

En el segundo caso también es razonable que el etiquetado sea entendido como una medida débil. En primer lugar, la medida en lo absoluto establece una carga económica, ni temporal ni espacial para adquirir el producto procesado. Es cierto que hay cierta carga psíquica al informar de los altos contenidos de algunos compuestos así como un pedido de no comer en exceso. Pero la información no es falsa, desproporcionada ni atípica en el mercado (lo mismo sucede con el alcohol y los cigarrillos desde hace décadas).

En segundo lugar, si bien el etiquetado es estampado en la envoltura del producto y uno puede afirmar que se afecta la libertad de expresión comercial (publicidad) al ocupar un espacio usado por el productor para promocionar su producto (el área total de la envoltura), esto tampoco parece convertir a la medida en una de rasgos fuertes. Habría que tomar en consideración el manual de advertencias publicitarias (Resolución Ministerial N° 683-2017/MINSA), todavía en etapa de proyecto, que establece las medidas que deberán tener las advertencias publicitarias. Allí se indica por ejemplo, que si el área de la cara frontal del envase es menor a 20 cm<sup>2</sup>, la advertencia tiene que ser de 3,0 cm de ancho por 3,765 cm de largo. Si el área es de 20 a 40 cm<sup>2</sup> entonces la advertencia tiene que ser de 1.5 cm de ancho por 1,880 cm de largo. El propio manual también establece que el área máxima que todas las advertencias juntas pueden ocupar en la publicidad escrita es el 15% del tamaño total del anuncio. En ese sentido, la medida no supone una supresión fuerte a la capacidad publicitaria de los empresarios. La medida en este extremo también es claramente débil.

Finalmente, la más aparentemente difícil de defender de las intervenciones es la prohibición progresiva y total de grasas trans. Es cierto que en este caso no es tan descabellado afirmar que existe una fuerte restricción respecto de algo (las grasas trans) y que ello conllevaría a calificar la medida como fuerte. No obstante, hay dos (02) argumentos que debilitan esta hipótesis. El primero, es que las grasas trans constituyen un aditivo que compone un producto, no es el producto en sí. Por ello, el punto de referencia requiere partir de un nivel escalar superior, es decir, no mirar el consumo de grasas trans, sino de un producto (p.e. papas fritas, magdalenas, etc.) que contenga grasas trans. Y si este es el caso, entonces la medida de ninguna manera impide que las personas puedan realizar la conducta.

El segundo argumento es que no queda claro que las personas realmente prefieran comprar papas fritas o magdalenas porque estén compuestas de grasas trans. Es cierto que las grasas trans no solo sirven como un conservante, sino que proveen un sabor más cargado del producto, así como una textura más atractiva (Friedman 2014: 1748). No obstante, no

---

<sup>88</sup> Lo dicho en esta oración no es estrictamente derivado del principio de prioridad de capacidad. En realidad, este argumento pertenece más a lo que se busca proteger, en este caso, la capacidad en salud. Sería importante y tendría mucho peso este elemento evaluativo porque las consecuencias a la salud del sobrepeso y la obesidad desde una edad temprana son bastante graves, y comprometen seriamente las capacidades, agencia y funcionamientos en salud en el presente y en el futuro de las personas. Lo que hace que este argumento se relacione con esta etapa de la evaluación es que el compromiso por reducir los problemas de salud derivados de dicha condición implica de por sí una toma de consciencia y una aceptación por parte de la comunidad internacional de que ya no puede admitirse un mercado que incentive la expansión del consumo de alimentos procesados, y por ello, a aceptar una menor cantidad de ingresos a futuro; lo que, si bien no transforma a la medida evaluada aquí como débil, tampoco podría asignársele el rasgo de ser grave.

parece que las todas personas sientan un sabor diferente en el producto si es que no posee este compuesto. Cuando se prohibieron las grasas trans en la ciudad de Nueva York el 2008, la ausencia de este componente no fue percibida por la población (2014: 1750 y 1751). Salvo prueba en contrario, no parece que en el Perú la situación sea diferente.

Hay algo más que mencionar, y guarda relación con el papel de los funcionamientos como elementos normativos para evaluar el bienestar individual. Hay un aporte adicional en el debate sobre la justificación del paternalismo. A primera vista, parece que el EC admite que el paternalismo es una clase de intervención que puede competir en igualdad de condiciones con otras clases de medidas, como aquellas inspiradas en la equidad, autonomía, en el reconocimiento de la diversidad cultural o de participación política. No obstante, la idea de prioridad de capacidades sobre funcionamientos, sumada a la concepción de capacidad en salud enfocada fuertemente en el reconocimiento de esta como una habilidad para el logro de metas vitales, presupone la suplementariedad o papel secundario de los funcionamientos en salud como elemento evaluativo en el diseño o justificación de medidas.

Esto coloca al enfoque de capacidades como una tesis endeble a favor del paternalismo, específicamente (como suele ser denominado en la literatura especializada) como *la tesis del pro-paternalismo débil*. Según esta, existen espacios de legitimidad para estas medidas, pero debe colocarse una sospecha y/o presunción en contra y/o valla y/o una mayor carga de argumentación para que pueda ser justificada, dada la amenaza que implica para las capacidades, agencia y autonomía del individuo (Cfr. Alemany 2005a y 2005b; Gascón, 2006-2007; Buchanan, 2008; de Lora y Gascón, 2008; Dworkin 2011). La tesis pro-paternalista débil tiene la cualidad adicional de que iluminaría a todos los demás requisitos o principios que se discutan aquí, dado su amplio alcance hacia toda intervención paternalista. A lo largo de lo que resta de esta investigación, en varios de los próximos apartados a trabajar, se apreciará la expansión de esta tesis.

### 3.3.2. El valor de la agencia y autonomía: el paternalismo blando

La segunda tesis normativa relevante para la discusión del paternalismo que emergería del EC sería aquella que otorga una importancia vital a la agencia individual. Aquí se denominará el *principio de agencia*. De acuerdo a este principio, “un enfoque de justicia y del desarrollo que centre la atención en las libertades fundamentales tiene que centrar de manera inevitable la atención en la agencia y el criterio de los individuos [...] [Por lo que] en última instancia, la responsabilidad del individuo para decidir cómo va a utilizar las oportunidades de elegir entre distintas opciones que posee, [en tanto] [...] deben encargarse de su propio bienestar; [dado que] son ellos los que deben decidir cómo utilizan sus capacidades” (Sen 2000b: 345). La agencia también puede ser entendida como “la acción social que involucra elecciones entre alternativas disponibles por características de la estructura social y restricciones estructurales (Hays 1994: 64). La agencia en ese sentido, se refiere a las elecciones hechas y realizadas dentro de los límites de la estructura social y ambiental.

Desde el enfoque aplicado al campo sanitario, la agencia en salud incorpora un rol para la responsabilidad individual, un elemento “crucial de cualquier teoría de la salud y la justicia social” (Ruger 2009: 82). De esta forma, el principio de agencia aplicado a salud, exigiría que la sociedad deba “fomentar las condiciones básicas de la agencia en salud para que de esta forma los individuos puedan realizar juicios informados y tomar las acciones efectivas para convertir recursos en salud en funcionamientos en salud” (Ruger 2009: 147), o también en otros términos como la “habilidad para comprometerse con o transformar condiciones externas” (Venkatapuram 2011: 103). La agencia existe cuando las personas, desde los factores de conversión existentes en su caso (sean internos o externos), emplean sus recursos para lograr funcionamientos en salud, por ejemplo a través de los estilos de vida elegidos.

Un persona con diabetes, por ejemplo, “necesita estar educada sobre nutrición [...] adherirse a cronogramas de pruebas y medicamentos, y exhibir fuerza de voluntad con respecto a su dieta [y así...] otorgar relevancia moral y significancia práctica tanto a su responsabilidad como a su elección en salud” (Ruger 2009: xiv y 147). El hecho que las personas deban exhibir cierta fuerza de voluntad y predisposición para racionalizar información sobre su salud, presupone también que no necesariamente llevarán a cabo las conductas que necesariamente sean acordes con sus valoraciones o con lo que es bueno para ellas.

En estos casos, pareciera afirmarse que el principio de agencia debería ser desplazado (o debilitado un poco) a favor del paternalismo, en tanto uno puede afirmar, siguiendo la definición empleada, que la persona a ser beneficiara no está llevando a cabo (o no llevará) conductas que logren mejores funcionamientos en salud. Es decir, la persona no es plenamente competente para realizar la conducta a ser abordada, lo cual abriría una puerta para las intervenciones paternalistas, que requeriría de estudiar lo que en la discusión sobre el paternalismo ha sido denominado como la tesis blanda y dura.

Según la tesis del *paternalismo blando*, una medida paternalista concreta podría ser justificada siempre y cuando se considere en todos los casos, demostrar que los que se beneficiarían se encuentran limitados (internamente) para tomar decisiones y realizar conductas beneficiosas. Se introduce un requisito de verificar o demostrar la incompetencia (o falta o disminuida habilidad de auto-regulación de los individuos) (Feinberg 1983a: 17; Dworkin 1983b: 107; Mason 2005: 122; Buchanan 2008: 17). Abrazar la tesis blanda significaría además crear un espacio de discusión en función a la evidencia (Wikler 1978: 313) en cada caso concreto, para determinar que una intervención específica cumple con esta exigencia.

Si se considera que el principio de agencia posee una importancia superior, entonces la tesis blanda sugeriría que “la competencia de los individuos beneficiados por la medida debe ser “siempre la regla general y la incompetencia la excepción” (Alemany 2005a: 142). Y lo sería en reducidos tipos, ya sea de forma transitoria (como el caso de los menores de edad), en el sentido patológico como una desviación de la función de una especie (como sería en el caso de algunas personas con discapacidades mentales); y finalmente relacionado a una tarea (2005a: 488). Este último caso sería el que permitiría la incorporación de las personas adultas, siendo además que estos tres tipos de incompetencia son compatibles con la tesis blanda de John Rawls, discutida en el primer capítulo.

Esta tesis sugiere que desde el EC es posible encontrar espacios concretos de aplicación legítima de medidas paternalistas, siempre y cuando el principio de agencia sea desplazado o pierda cierto alcance justificadamente debido a la falla de auto-regulación del beneficiario. Marina Gascón, aludiendo al principio de autonomía y de paternalismo, habría sostenido una posición bastante similar al insistir que el primer principio debe prevalecer “siempre y cuando pueda suponerse que el individuo cuya decisión se respeta está realmente en condiciones de adoptarla autónomamente” (2006-2007: 99 y 100). De lo contrario, si esta suposición es derrotada, el principio sería desplazado.

Tómese como ejemplo ya mencionado sobre el alza del impuesto al tabaco. Para que una intervención sea blanda el Estado debería haber incorporado dentro de sus criterios de justificación cuestiones que aludan a la incompetencia de los beneficiarios con relación a la actividad abordada (fumar). Se exigiría que se demuestre la existencia de debilidad de voluntad (en caso una proporción considerable de la población objetivo haya manifestado sus intenciones de dejar de fumar), la valoración del presente frente al descuento de importancia al futuro, el exceso de optimismo sobre las probabilidades de padecer alguna patología debido al hábito, entre otros supuestos que prueben la limitada capacidad de auto-regulación de los beneficiarios, que deberían siempre hacerse explícitas para justificar una intervención.

En las intervenciones que afectan a un grupo de personas (como las intervenciones paternalistas en salud pública, que afectan a una población), la tesis blanda exige no admitir una medida si no se demuestra que es aplicada a una proporción de personas que sí se encuentran en una situación de incompetencia para llevar a cabo la conducta abordada. Desde esta óptica, las presunciones de incompetencia no se encontrarían nunca justificadas. Para el caso de las intervenciones paternalistas médicas, donde es posible conocer las particularidades del beneficiario (por fundarse en la relación médico-paciente) la tesis blanda exigiría que se confirme (en tanto sea posible y oportuno) que en efecto la persona posee limitaciones en su capacidad de auto-regulación, ya sea por razones de racionalidad o auto-control, minoridad y discapacidad mental.

Por ello, una conclusión que puede establecerse es que el paternalismo en salud desde el EC es justificado sólo si posee este atributo. Una intervención podría ser dura en un inicio, puesto quien interviene no ha realizado el ejercicio de demostrar que el beneficiario no ejerce suficientemente su agencia, debido a su incompetencia para realizar la conducta abordada. No obstante, nada impediría que esta intervención sea subsanada y que efectivamente llegue a demostrarse la limitación del beneficiario, y con ello hacer compatible la intervención desde el EC, dado que se ha convertido en una de naturaleza blanda, como se ha ejemplificado recientemente atrás.

Un ejemplo que permitiría introducir un matiz importante sería la controversia todavía vigente sobre los alcances de las decisiones de los menores próximos a cumplir la mayoría de edad en temas que involucran su salud y su propia vida. Un caso discutido por la Corte Constitucional de Colombia hace unas décadas puede ser ilustrativo (Sentencia T-474/96). Este es el caso de un menor de edad (16 años) quien en un documento escrito (firmado por él y dos testigos) exigió a los médicos del instituto público de salud que bajo ninguna circunstancia se le realice una transfusión de sangre, dado que contradecía sus creencias religiosas (el menor era testigo de Jehová). Al menor se le había detectado cáncer en una rodilla, lo que motivó a los médicos a sugerir la alternativa terapéutica de la amputación, para así impedir la expansión de la enfermedad. El menor y los padres aceptaron esta terapia, pero el primero rechazó la necesidad posterior de transfusión de sangre, como complemento a la quimioterapia que debía seguir.

Uno de los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional para garantizar la vida por encima de la libertad religiosa del menor fue que a diferencia de los adultos, en el caso de las personas en la minoridad la regla debería ser la presunción de incapacidad, salvo las excepciones previstas en la Ley. Esta afirmación hecha por la Corte es en parte compatible con lo sostenido desde la literatura que estudia la cuestión del paternalismo que reconoce que el nivel de autonomía individual (o habilidad de auto-regulación) limitada que poseen los menores de edad justifica medidas paternalistas sin tantas cargas en contra, debido a que “ellos carecen de algunas capacidades cognitivas y emocionales requeridas con el objetivo de formar decisiones completamente racionales” (Dworkin 1983a: 28; Cfr. Trout 2005: 412).

Pero no obstante este pequeño consenso, este no es necesariamente aplicable al caso de menores maduros, como en el caso presentado, dado que ellos han dejado de ser niños, y suelen tener ciertos márgenes más elevados de capacidad (Garzón 1994: 738), y deberían ser consideradas y respetadas (Gutmann 1980: 355). En un sentido similar y más preciso para el caso se ha manifestado Pablo de Lora (2008), para quien hoy en día le parecería razonable que un menor de edad pueda tomar decisiones tan complejas como aquellas que comprometan su integridad y su vida. “Piénsese por un momento si un joven actual de dieciséis años cuenta o no con mayor experiencia vital y madurez que un adulto de veinte años de principios del siglo XX” (2008: 135). En ese sentido, las decisiones sobre menores maduros deberían tomar en consideración la realidad cognitiva y emocional (2008: 132). La

cuestión ahora sería determinar cuál debería ser la respuesta desde el EC para el caso presentado.

A primera vista, parece razonable la afirmación de la Corte en que los menores de edad están sometidos a una presunción de incompetencia, aunque reconociendo los márgenes de acción que la propia Ley establece. Pero no queda claro por qué los únicos márgenes de excepción pueden ser los establecidos legalmente. Si bien la plena agencia de los menores no puede presumirse, sí puede ser probada en un caso concreto. Por lo que nada debería impedir que se pueda comprobar que el menor posee un suficiente desarrollo cognitivo y emocional como para afirmar que la decisión de rechazar la transfusión de sangre es una suficientemente autónoma. Y el caso permitiría ir en ese sentido, considerando las pruebas existentes. El menor no solo llegó a firmar un documento (junto con dos testigos) rechazando la transfusión de sangre, sino que optó personalmente por integrar esta religión (los padres del menor no eran testigos de Jehová), lo que apuntaría a confirmar una decisión consciente, y por lo tanto, de un agente que puede decidir el funcionamiento en salud según la vida que tiene razones para valorar.

Obviamente un test de competencia no sería suficiente con lo mencionado hasta ahora. Se requerirían mayores pruebas para determinar el grado de agencia del menor de edad. Pero el problema es que la Corte cierra esta alternativa, al decir que las únicas excepciones a la presunción son aquellas establecidas por la Ley. El principio de agencia, abrazando la tesis del paternalismo blando derrotaría esta afirmación, al permitir que un menor maduro (y en general un menor) pueda evadir una intervención paternalista en salud si es que su agencia, autonomía o razón práctica le permiten tomar decisiones razonadas y esta es probada en el caso concreto. Siempre que sea posible y necesario habría que realizar la probanza<sup>89</sup>.

### 3.3.3. La exclusión del paternalismo duro desde el enfoque de capacidades

La tesis del paternalismo duro (la contrapartida al blando), por el contrario, puede ser definida como aquella tesis que sostiene que el paternalista (el Estado o un privado) puede realizar intervenciones justificadas sobre las personas pese a que sus preferencias o conductas auto-referentes son plenamente voluntarias (Feinberg 1983a: 17; Dworkin 1983b: 107; Buchanan 2008: 17). Otra forma de definir esta tesis es tal y como sugiere Alemany, aquella que sostiene o parte de la premisa de que la incompetencia beneficiario es una propiedad “que puede predicarse de la mayoría de los individuos” (2005: 142 y 488), una especie de presunción de incompetencia. Existe alguna cantidad de ejemplos de medidas de este tipo recogidos en la literatura especializada, jurisprudencia y vistos en políticas públicas.

Considérese los clásicos casos médicos (y seguramente ya no muy recurrentes) de la realización de transfusiones de sangre a adultos que rechazan este procedimiento por ser contrario a sus creencias, sin considerar la competencia del sujeto, por el mero hecho de proteger su salud (vida o integridad física). Un caso como este ocurrió en España en la década de los 80's.

Una mujer que rechazó por motivos religiosos junto con su esposo (ambos eran testigos de jehová), la aplicación de una transfusión de sangre, como mecanismo para resolver diversos problemas hemorrágicos derivados de un parto previo. Ante ello, el personal sanitario solicitó la autorización del Juzgado la autorización para practicar dicha transfusión, que fue otorgada. La paciente falleció unos días después de realizado dicho acto. El caso llegó al Tribunal Constitucional de dicho país, que mediante Auto 369/1984 convalidó la transfusión vía

---

<sup>89</sup> Martha Nussbaum ha tenido una posición bastante receptiva hacia la libertad religiosa frente a la protección de la salud. Ante el caso del uso ceremonial de drogas psicotrópicas en muchas comunidades religiosas, como el peyote en la tribu indígena Klamath (2009: 155 y ss.) y el ayahuasca por el Centro Espírita Beneficente Unao do Vegetal (2009: 169-170), ambos en Estados Unidos, ella apuntó hacia la creación de excepciones jurídicas para las personas que integran estas comunidades.

autorización judicial. El argumento del tribunal fue simplemente apelar a la salud y la vida humana como bienes jurídicos que tienen mayor importancia que la creencia religiosa, y que en ese sentido, se justifica la intervención médica en virtud de los conocimientos y tecnología médica existente.

En clave del EC, se puede apreciar lo mencionado anteriormente, a saber, hubo un desplazo del principio de prioridad de capacidad y de agencia frente a los funcionamientos, más importantes de ser protegidos a juicio de los médicos y de la alta corte que convalidó el acto médico. El problema es que no se evaluó la importancia de ambos principios y, por sobre todo, no se demostró que la paciente poseía un grado limitado de auto-regulación o de agencia y autonomía disminuida para justificar la intervención médica. Fue un claro de caso de intervención paternalista médica dura.

Otro caso que merece ser mencionado, desde la salud pública, ha sido el algo reciente incremento sustancial del impuesto al tabaco en el Perú. Mediante el Decreto Supremo N° 112-2016-EF, el Estado peruano modificó el impuesto selectivo al consumo aplicable al tabaco en S/. 0.18 céntimos de sol por unidad, una de las medidas paternalistas en salud pública más drásticas que se han dado sobre la población peruana en los últimos años. De la revisión de los motivos de dicha medida (que pueden ser encontradas en el espacio público), ninguna sugería la apelación a la débil capacidad de los fumadores para abandonar dicho hábito, o a su incompetencia para valorar su salud, por lo que no parece que la cuestión de la incompetencia haya sido considerada en la evaluación de la alternativa, antes de su diseño e implementación.

De hecho, el Estado ha comunicado que la intervención se justificaría en base a la evidencia empírica sobre la efectividad del establecimiento de impuestos, y al mandato internacional de promover espacios libres del consumo de tabaco, en virtud del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), suscrito por el Estado peruano y promovido por la OMS. Sin duda, la evidencia de que la intervención tiene cierta efectividad es algo importante, pero ello no excluye saltarse o excluir todos los principios y valores concurrentes. Por ello, es posible concluir que la intervención sea paternalista en salud pública dura, y por lo tanto, injustificada (aunque subsanable).

La exigencia del principio de agencia, y el papel preponderante que cumple dentro del EC lleva como consecuencia el rechazo pleno de la tesis del paternalismo duro. Esto es así en tanto es opuesto al EC ser paternalista sobre un sujeto que sí posee la capacidad de reflexión y acción para lograr los funcionamientos que estime valioso; o presumiendo que los sujetos intervenidos son incompetentes con relación a la conducta abordada.

La tesis dura también debe ser rechazada desde el EC porque de admitirla se podría llegar a imputar a los beneficiarios como responsables o culpables de su situación de salud, obviando que las personas deberían “ser responsables de salud en función a sus capacidades, no independiente de ellas” (Venkatapuram 2011: 22). La lógica de esta afirmación es razonable si se considera que no toda intervención dura asume que los beneficiarios son incompetentes, dado que en efecto, en algunos casos el que interviene es indiferente sobre la cuestión de incluir como criterio de evaluación si los beneficiarios son realmente capaces de auto-regularse. Puede que asuma que sí son competentes, pero que la medida es justificada debido a que los beneficios (p.e. en salud) superan los costos.

Al validar la intervención bajo estos pocos criterios, pero a la vez siendo posible que admita que los beneficiarios sean competentes, quien diseña la medida estaría asignando mucha responsabilidad a los beneficiarios por las consecuencias de sus actos, así como a su papel en la idoneidad de la injerencia. Si la medida no logra el resultado esperado, entonces uno podría deducir lógicamente que los beneficiarios son responsables por su fracaso, dado

podían haber cooperado con la intervención. La consecuencia de este proceder sería la persistencia del problema, la estigmatización y culpabilización de los intervenidos.

Erving Goffman (1963: 1-19), a partir de sus investigaciones sociológicas en el campo de la salud, postula que las personas son estigmatizadas en el mundo contemporáneo debido a la presencia (en ellas) de un atributo usualmente considerado de forma bastante negativa. Este atributo negativo además es visto como una fuerte desviación de las personas en general (de la media)<sup>90</sup>. La consecuencia de estos dos aspectos concurriendo es que el atributo termina siendo tan destacado que finalmente la persona es representada preponderante o únicamente a través de este. El estigma ha sido parte en la historia en el campo sanitario. Considérese el rechazo a las personas con lepra en la antigüedad; el caso de las personas con tuberculosis en el siglo XIX; las personas con cáncer a mediados del siglo XX; y recientemente el rechazo que las personas con VIH/SIDA padecieron y de hecho todavía sufren en la actualidad, debido al fuerte desconocimiento sobre las características de la patología, sumado al poco apoyo que reciben de la sociedad, siendo este el principal factor<sup>91</sup>.

El estigma sería una consecuencia mucho más resaltante si se considera la asignación de responsabilidad de las personas por su situación de salud, en el entendido que la autonomía (presunta e irrealista) debería (o debió) haber jugado un papel en la mejora de su situación de salud. No obstante, ha sido al parecer usual en el campo sanitario que el estigma sea considerado como causa y no como una consecuencia, provocada por la concurrencia de varios factores (p.e. la ausencia de tratamiento eficaz), incluyendo la inacción del Estado. Hay que considerar, además, que las propias instituciones han aportado en fortalecer dicha idea. Considérese por ejemplo lo mencionado por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA en el año 2000:

“La mayor parte de los 34.3 millones de personas en todo el mundo que viven actualmente con el VIH no saben que están infectadas por el virus. En los países más afectados por la epidemia de VIH, esta proporción aún es mayor. Son muchas las razones que explican esta situación; entre ellas, la ignorancia acerca del VIH, la falta de servicios adecuados de asesoramiento y pruebas, y el estigma aún generalizado que se asocia al SIDA y que puede provocar el rechazo e incluso la violencia contra las personas que se sabe que son VIH-positivas. La gente también tiene miedo de que un resultado positivo signifique una sentencia de muerte inmediata, aunque esto no es así<sup>92</sup> [...] Las personas que descubren que son VIH-negativas pueden tomar medidas más enérgicas para permanecer libres de la infección, como utilizar preservativos o negociar con su pareja para que se someta a una prueba del VIH<sup>93</sup>. Las personas con una relación estable que resultan positivas en la prueba del VIH pueden adoptar medidas para impedir que la pareja se infecte

<sup>90</sup> El concepto proviene de la antigua Grecia, el cual solía usarse para referirse a marcas corporales diseñadas para exponer algo negativo y singular en el estatus moral de la persona estigmatizada (p.e. un esclavo, un criminal, un traidor, etc.). Posteriormente, durante la edad media, el término se extendió para referirse a signos corporales de origen religioso y sagrado; y como una alusión médico-religiosa para referirse a marcas corporales que indican una desviación o desorden de tipo psico-biológico (Goffman 1963).

<sup>91</sup> El problema del VIH/SIDA en el mundo, siguiendo a Venkatapuram (2011: 37) es un claro ejemplo de que la prevención social y el otorgamiento a las personas de control sobre su propio cuerpo son mejores alternativas que el cuidado médico y la tecnología

<sup>92</sup> Pero como bien han criticado Castro y Farmer, “cuando no se tiene la posibilidad de recibir tratamiento para las infecciones oportunistas, de recibir antirretrovirales cuando estos son necesarios o de tomar medidas preventivas para evitar la transmisión materno-infantil durante el embarazo y el puerperio ¿cuáles son las motivaciones para conocer el status serológico?” (2003: 36).

<sup>93</sup> Esta afirmación también ha sido criticada por Castro y Farmer. La tesis de ONUSIDA en efecto obvia que “las mujeres [...] se infectan en la mayoría de casos directamente a través de sus parejas o a través de uno de los peores agravios contra la dignidad de la persona: la violación. Incluso cuando [...] conocen métodos para hacer frente a la infección, las relaciones desiguales entre varones y mujeres impiden que estas puedan negociar con éxito la utilización del preservativo, casi siempre de uso masculino” (2003: 37).

a través del contacto sexual y prevenir la transmisión materno-infantil del virus” (2000: 79).

Y este fragmento de la tesis sostenida por ONUSIDA, como bien sostienen Castro y Farmer (2003: 35) no tiene tanto asidero empírico, dado que es más bien el caso de estudios desde las ciencias sociales que muestran la posición inversa, a saber, que es la falta de tratamiento lo que genera el estigma, y no que este sea una causa que impida la terapia adecuada. No obstante, a juicio de ellos, la mención del estigma (que se perpetua sobre las personas) es el argumento recurrente para descuidar o postergar una solución más equitativa al problema. En efecto, y según estos dos mismos autores, la afirmación sostenida por ONUSIDA:

“... no tiene en cuenta que son las situaciones de precariedad en las que viven centenas de millones de personas las que favorecen la transmisión del VIH y las que impiden que [...] conozcan su status serológico [...] La ideología de la culpabilización sitúa la causa del sufrimiento y de la pobreza de las personas propia incapacidad [en el sentido de su presunto comportamiento irresponsable] y no en las fuerzas sociales, políticas e históricas que se les escapan sin control” (2003: 32).

Todo ello sería inconsistente con lo desarrollado actualmente desde las ciencias epidemiológicas y sociales, que muestran la influencia del contexto económico, político y cultural en la percepción del riesgo y en la asunción de conductas que generan daños a su salud (Salazar y otros 2006; Hall y otros 2013: 179), que ha sido también trabajado en forma más amplia desde el EC (Cfr. Stewart 2005: 189). Ello exige que debe evitarse lo más posible o no deben condenarse estilos de vida específicos, y menos aún considerar a ciertas personas como factores de riesgos en sí mismo (Cfr. Abel y Frohlich 2012: 242), puesto que obvian estos otros aspectos estructurales que son decisivos para explicar sus conductas y los daños que producen a su salud, que van mucho más allá de su propia autonomía.

El paternalismo duro tendría un parecido a los modelos clásicos de la salud en materia de promoción y prevención de la enfermedad; o en el modelo paternalista clásico de la medicina en el siglo pasado, que ignoraba la importancia de considerar la agencia individual. Y el problema que subyace en estos modelos es que en algunos casos presume que los individuos tienen un entero control sobre sus propias decisiones, y que por lo tanto, cualquier conducta que genere un daño a la salud los transforman en culpables de su situación (Salazar y otros 2005: 378), y por añadidura, en personas no autorizadas para regular su propias vidas. Todo ello otorgaría, además, una cierta licencia para descuidar la necesidad de intervenir sobre las desigualdades económicas, culturales y políticas de dichos grupos, que podrían ser en realidad factores sumamente relevantes para explicar la condición de salud negativa.

De esta forma, se podría llegar a fomentar un sistema de salud que ante todo trate de condenar, regular, controlar y/o vigilar innecesariamente las conductas (y a los individuos que las realizan)<sup>94</sup>, sin considerar los demás flancos, que si son abordados podrían otorgar un mayor grado de agencia individual, una mejor respuesta sanitaria y por ello, un mejor impacto en la salud de la población.

---

<sup>94</sup> A inicios de la década pasada, la Organización Mundial de la Salud y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (FAO, por sus siglas en inglés) emitieron un reporte sobre la prevención de enfermedades crónicas (2003). En dicho documento se sostuvo que para lograr los mejores resultados en la prevención de esta clase de patologías, “las estrategias y las políticas que se lleguen a aplicar deben reconocer completamente el rol esencial de las dietas, la nutrición y la actividad física”. De esta forma, ambos organismos parecen otorgar un excesivo peso explicativo a los factores conductuales (hábitos) a la hora de comprender las causas y distribución de enfermedades crónicas, y en cierto sentido, otorgando cierta plausibilidad a la hipótesis sostenida en este apartado. Aunque esto debe matizarse si se considera que dicho reporte no se niega el papel de aspectos sociales y ecológicos para entender estas patologías.

Abordar el problema de salud pública desde todos los niveles escalares no solo ayuda a evitar esta tendencia a responsabilizar a las personas (pasible de ser asumida por el paternalismo duro), sino que además permite recordar lo importante que es conocer los factores que explican la existencia de dicho problema que, como se ha dicho en el capítulo anterior, permitirían otorgarle el debido lugar al paternalismo en salud pública. Más aún si se considera la creciente evidencia que desde hace ya más de una década muestra que son las condiciones de exclusión social y la vulnerabilidad, especialmente en los países en vías de desarrollo, las que poseen un papel muy fuerte en la limitación de la autonomía-agencia (Salazar y otros 2005; Venkatapuram 2011: 157). Esto obviamente sin negar el papel de los factores conductuales. De hecho, como se ha advertido, la tesis dura puede ser utilizada como una excusa para la inacción o como una forma de camuflar los otros factores que causan la condición poblacional de salud, como los problemas de escasez o de ausencia de reconocimiento cultural, y lleve a que este no sea atendido debidamente. Esta podría ser sin duda una consecuencia de asumir y validar dicha tesis, y sería contraria al EC en tanto este admite que es razonable considerar un conjunto de políticas e intervenciones individuales (ninguna excluyente) para abordar problemas de salud (Hall y Otros 2013: 182).

Esta además, puede fácilmente legitimar un sistema de salud que deje a las personas desamparadas, dado que la situación de salud desfavorable sería vista ante todo como un problema individual. Las políticas e intervenciones médicas tienen la capacidad de significar y clasificar a las personas (Shore 2010: 37), y en ese sentido, es incompatible con el enfoque de capacidades que los ciudadanos sean dejados de lado, en el entendido de asumir automáticamente que estas son responsables y/o culpables de su situación. También es injusto, bajo esta misma lógica, que se preserven ciertas desigualdades por una absurda concentración de esfuerzos públicos en el abordaje de las conductas analizadas individualmente, obviando los factores estructurales que en parte ayudarían a explicarlas. Al rechazar el paternalismo duro, se trata también de mantener a raya la expansión innecesaria de los modelos de prevención primaria, en tanto pueden llegar a presuponer una ideología social que mantenga la noción de que los tratamientos de restitución de la salud son para aquellos que puedan pagarlo, mientras que la prevención de conductas perjudiciales puede ser dirigida a todos a bajo costo (Castro y Farmer 2003: 31)<sup>95</sup>.

El enfoque de capacidades rechaza todos estos escenarios en el entendido que la salud es impactada por diversos factores (Abel y Frohlich 2012: 237). Existirían “cuatro grandes categorías de factores que afectan, determinan, influyen, producen, causan o restringen el funcionamiento” en salud para evitar la morbilidad y la muerte prematura (Venkatapuram 2011: 4). Estos serían son i) las dotaciones biológicas y necesidades, ii) el comportamiento individual (abordable a través del paternalismo), iii) el ambiente físico y iv) las condiciones sociales.

Las personas deben encontrar garantizada a través de las instituciones, intervenciones que aborden todos esos cuatro factores (2011: 19), lo cual incluye al paternalismo, pero no excluye sin duda alguna la necesidad de introducir una variedad mucho más amplia de medidas, inspiradas en el logro directo de equidad económica en salud, reconocimiento cultural y participación política. Siguiendo las tesis del EC, hay un error moral cuando explicamos la salud como mayormente determinada por la conducta humana” (2011: 11). “El nuevo tipo de epidemiología ha de emerger trayendo conjuntamente el micro-análisis tal

---

<sup>95</sup> En un gran extremo, en el caso de un gobierno paternalista duro (y no ya una intervención paternalista dura) podría llegar a tener un parecido con el orden tutelar, es decir, la existencia de un sistema de control basado en la presunción de incompetencia de los sujetos pertenecientes a una sociedad, que da cabida a que los gobiernos puedan interferir sobre ellos y sustituir completamente su voluntad, en el entendido que estos son mucho mejores que el individuo para definir lo que es su propio bien (Nugent 2005: 12). El paternalismo duro en salud es una clase de intervención antidemocrática, que puede incluso mantener las desigualdades sociales o condiciones de exclusión, y por ello debe ser rechazada completamente.

como de la biología molecular con las ciencias sociales que examinan una perspectiva más macro” (2011: 79).

Lo dicho hasta ahora permitiría abordar una de las objeciones a la Ley de comida chatarra. Como se mencionó en la introducción, Oscar Sumar (2013) realizó una fuerte crítica a la Ley, afirmando que esta es innecesaria para los propósitos que busca, dado que en Perú no es común ver a personas de bajos recursos comiendo comida chatarra. El problema de la mala alimentación sería ante todo un problema de pobreza, de falta de recursos económicos, y no de hábitos alimenticios por productos procesados. Y en ese sentido, el paternalismo no debería tener un papel siquiera en la discusión sobre cómo abordar este problema de salud.

Pero si se considera todo lo dicho en este apartado, y en general hasta ahora, habría que darle la razón a Sumar hasta cierto punto. Porque si bien es cierto que muchos problemas de salud se deben a factores no conductuales, esto no excluye que otros problemas sí sean explicados en parte por este factor, como es el caso de los hábitos alimenticios que incluyen productos procesados. Y la pobreza no parece ser un problema para comer estos productos, por más que Sumar crea que la única comida chatarra es la que las personas sin techo de Estados Unidos de América comen en McDonald's (2013: 81). Con esto Sumar parece sugerir la sumamente inverosímil tesis que el hecho que en Perú no se haya visto a un *vagabundo* comiendo en McDonald's es una razón fuerte para afirmar que el problema de alimentación en este país se debe a otras razones, y no a los alimentos procesados.

Hay dos (02) objeciones que pueden hacerse a la posición de Sumar, vinculadas a lo visto en este apartado. En primer lugar, hay que recordar que los factores de conversión vinculados a la salud convergen y pueden ser los responsables (todos) de un problema de salud en particular, como el del sobrepeso y la obesidad. Entonces, de existir una explicación cultural, política, económica, biológica y conductual para un problema de salud, es razonable plantearse alternativas que traten de abordar todos estos factores. En ese sentido, sería compatible desde el EC considerar medidas paternalistas en salud.

En segundo lugar, hay algo que se suele obviar cuando se tratan de comprender problemas de salud de esta naturaleza a escala nacional y global. Se trata de considerar el proceso de *transición epidemiológica*, usual en países de ingresos medios como el Perú, y que de hecho ha sido tomado en cuenta a la hora de comprender el paternalismo en salud (Cfr. Buchanan 2008; Gostin 2008). La transición epidemiológica consiste en el cambio de las condiciones de salud de una población (Frenk 2013: 72). Estos cambios implican las variaciones en las causas de mortalidad y morbilidad, que suelen ser hacia un mismo sentido, de una alta prevalencia de enfermedades infecciosas (patologías pretransicionales) en un momento dado hacia una alta prevalencia de enfermedades crónicas (patologías postransicionales) en un momento posterior (2013: 72-74).

Lo interesante de este proceso es que “muchas de las circunstancias emergentes en la transición no son en absoluto un signo de progreso, sino más bien la expresión de modos deficientes de industrialización, urbanización y consumo masivo que se traducen, entre otros, [...] en [...] hábitos de alimentación pocos saludables” (2013: 91). El hecho además es que en países en vías de desarrollo como el Perú, el proceso de transición suele ser mixto, acompañado de ambos tipos de patologías, y en cierto sentido independientemente del nivel socioeconómico de las personas, ocasionado por diversos factores ambientales, sociales y conductuales. De ahí a por qué se rechaza “la visión maniquea que a menudo se refleja al contrastar categorías vagas como ‘enfermedades de la pobreza’ versus ‘enfermedades de la abundancia’ [dado que] la realidad resulta mucho más compleja” (2013: 96). La existencia de la *transición epidemiológica prolongada* en países de ingresos medios como el Perú, permite afirmar la necesidad de abordar problemas de salud desde todos los flacos posibles, incluyendo la cuestión de preguntarse si existen medidas paternalistas en

salud que podrían diseñarse e implementarse para ayudar en el proceso de controlar dicho problema, y no enfocarse exclusivamente en un solo factor, como el económico (pobreza).

#### 3.3.4. Preferencias, deseos y valores: el paternalismo de medios

Una cuestión que no debe dejar de mencionarse, y derivado del principio de agencia, es que la valoración del aspecto de la agencia de una persona, desde el EC, como bien ha sostenido Sen, “no supone aceptar cualquier cosa que una persona considere valiosa i) de modo incondicional, ii) tan intensamente como la persona la valora” (Sen 2011: 59). Es decir, la consideración de la agencia individual no exime a que puedan establecerse valoraciones objetivas que ayuden a determinar, qué tan valioso es el ejercicio de dicha agencia (Sen 2011: 59). Esto significa reconocer que es posible juzgar de forma externa al individuo sobre el valor de sus acciones, ya sea sobre otros o sobre sí mismo, como se mencionó en el capítulo anterior al reconocer la tesis del objetivismo moral.

Pero lo mencionado atrás también es útil porque nos recuerda que es posible hablar de la existencia de ejercicios triviales de la agencia y capacidad de las personas. Estos ejercicios no deben dejar de considerarse, puesto que el enfoque no es enteramente objetivista, pero sí es posible incluso evaluar esta clase de ejercicios individuales, ya sea para ayudar a la persona a revisar sus fines, o los medios para conseguirlos.

En ese sentido, un aspecto relevante para la discusión sobre el paternalismo que puede emerger alrededor del principio de agencia es que existan intervenciones que puedan ser de hecho compatibles con los fines trazados por los mismos beneficiarios, siendo en ese caso que la intervención solo ofrecería los medios para alcanzarlos; mientras que otras intervenciones significan el establecimiento de fines, que contradicen en parte las valoraciones de los sujetos intervenidos. Esto lleva a la cuestión de la distinción entre el *paternalismo de medios* y el *paternalismo de fines*.

El paternalismo de medios consiste en una medida que, en primer lugar, parte del presupuesto que las preferencias, deseos y fines de las personas merecen ser consideradas. Este tipo de intervención emerge porque es posible que las personas no estén eligiendo o cumpliendo con la conducta (el medio) que ayuda a satisfacer sus fines (Sunstein 2013: 1855) o simplemente no poseen ningún medio para ello y realizan la conducta no deseada. El objetivo, por lo tanto de estas intervenciones es que las personas logren sus propios fines (Sunstein 2014: 65). Uno de los grandes problemas en elaborar una intervención paternalista de medios o constatar que se encuentra frente a uno es determinar si efectivamente constituye un medio para los fines de las personas. La forma indicada sería determinar cuáles son las preferencias o deseos de segundo orden de los beneficiarios, según la clasificación de autonomía superficial ya analizada atrás, dado que estos deseos de segundo orden son las manifestaciones más fácilmente verificables sobre los fines de las personas, además de ser los más estables.

Otra razón para utilizar las preferencias de segundo orden es que se trata de rechazar, o mejor dicho, de ofrecer menos importancia a aquellas preferencias que no constituyan o no afecten algún “ingrediente significativo de ningún plan de vida y, en consecuencia, la imposición de esas conductas no frustran planes de vida y, si acaso, pueden constituir irrelevantes dificultades para ciertos planes de vida” (Alemany 2005a: 511). Se trata pues de reconocer que existen ejercicios triviales de la agencia y capacidades de las personas (Cfr. Wikler 1978; Conly 2013; Camerer y Otros 2003), y en estos casos, uno puede moverse hacia el paternalismo de fines sin mucha dificultad, sin dejar las otras pautas derivadas de todos los principios normativos del EC relevantes para la justificación de estas intervenciones.

Considérese el caso *portion rule case* o *Big Gulp ban*, la prohibición realizada por la Junta de Salud de la ciudad de Nueva York de que las bebidas azucaradas sean ofrecidas al público en envases superior a 16 onzas. La medida, que fue invalidada posteriormente en sede judicial, podría ser objeto también por ser una restricción al conjunto capacidad de los sujetos beneficiarios. Pero, sería posible establecer algunas réplicas sumamente importantes.

En primer lugar, y siguiendo el espectro entre las medidas débiles y fuertes mencionado atrás, lo cierto es que los beneficiarios no están impedidos de comprar bebidas azucaradas. Esto tan solo es un límite al volumen máximo que estas pueden tener. La medida también sería válida, en segundo lugar, porque nada irresistible impide que los consumidores puedan tomar más de 16 onzas, ya que ellos podrían realizar una segunda compra (Sunstein 2014a: 51).

Finalmente, en tercer lugar, es importante mencionar, reconociendo el papel supra-individual del mercado, que de todos modos los beneficiarios no tienen toda la posibilidad de elegir exactamente cuánto volumen debe tener su bebida. El mercado dispone de alternativas limitadas, y los consumidores pueden escoger entre este rango de opciones. Sea que el mercado las establezca, o el gobierno a través de medidas paternalistas, los consumidores de por sí ya tienen el conjunto capacidad restringido a dichas alternativas. Si a todo ello se suma que es plausible afirmar que consumir bebidas azucaradas no implica un elemento constitutivo ni significado de algún plan de vida, al menos en este extremo, la medida paternalista no sería incompatible con el EC.

Existen además, una variedad interesante de casos de intervenciones de medios. Ejemplos exitosos de estas intervenciones serían las normas antitabaco, como las de Irlanda, donde se constató que “el 80% de [fumadores que] consiguieron abandonar el tabaco afirmaron que la ley les había ayudado a lograrlo y el 88% [afirmó] que la ley les estaba ayudando a no retomar el hábito” (OMS 2009: 29). Una de los más distintivos casos de paternalismo de medios son los conocidos periodos de espera (*cooling-off periods*). Estos consisten en políticas que permiten a los beneficiarios reconsiderar su decisión (Camerer y Otros 2003: 1239). Hay dos clases de tipos de espera (Camerer y otros 2003; 1240): aquellos que atrasan la toma de decisión y aquellos que permiten que estas puedan ser reversibles.

Algunos sub-criterios específicos para esta clase de intervención serían el hecho que las decisiones sean poco frecuentes (poca experiencia), donde las emociones puedan tener un papel preponderante en la decisión (Sunstein y Thaler 2003: 1188) y que el costo temporal del periodo sea pequeño (Camerer y Otros 2003: 1239 y 1240). Los periodos de espera como política paternalista en salud (es decir, cuando buscan proteger la salud de las personas pero a la vez respetar la voluntad de los beneficiarios) son sumamente útiles y existen en el caso de abortos, esterilización, eutanasia, suicidio asistido<sup>96</sup>, en la elección frente a una pluralidad de alternativas terapéuticas, etc. Los periodos de espera son de las pocas intervenciones plenamente compatibles con el EC. Como ya se ha mencionado atrás, tanto Nussbaum (2000b: 131) y Ruger (2009: 155-157) han confirmado la compatibilidad de esta clase específica de intervención paternalista en salud.

Otro caso de justificación clara de intervención de medios sería aquellos casos donde las preferencias de las personas no son claras, pero parece que contradicen sus valores o preferencias de segundo orden, como sería el caso de las adicciones. Aquí, son casos de elecciones informadas y voluntarias, pero no son compatibles o no reflejan la concepción de

---

<sup>96</sup> Vale resaltar que en 1992 la Corte Suprema de Estados Unidos declaró constitucional el periodo de espera de 24 horas establecido por la legislación del Estado de Pennsylvania para que las mujeres puedan someterse a una intervención de aborto. Según la Corte “el periodo de espera ayuda a que la decisión de la mujer a abortar sea bien considerada, y racionalmente fomenta el interés legítimo del Estado en la salud materna”: *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*. 505 U.S. 833 (1992).

la vida que el individuo tiene razones para valorar (Cfr. Brock 2000: 149 y ss.). La medida paternalista tendría mucho sentido si busca ayudar al beneficiario a abandonar un hábito adictivo. Es en ese sentido, un medio para sus propios fines.

Un último caso que merece ser considerado es el de los menores de edad y de muchas personas con graves discapacidades mentales, que pueden cometer actos que comprometan seriamente su capacidad en salud. En estos casos, es válido afirmar que muchas medidas serán de fines, y además serán sumamente razonables. Esto no impide que la evaluación escape del escrutinio exigido por el principio de agencia (ligado a la tesis blanda del paternalismo), pero sí reconoce que en efecto este requisito, derivado de la cuestión de medios y de fines, es el más flexible que el enfoque introduce.

No parece tampoco que una intervención paternalista necesite ser de medios para ser compatible con el EC, en el caso de adultos. Es perfectamente posible que un individuo o una población se encuentren en contra de una intervención paternalista, y no por ello una intervención por su propia salud atentaría contra el EC. Esto se debe a que, como se mencionó, las personas pueden ser incompetentes con relación a una conducta específica, y debido a ello, pueden no valorar adecuadamente su salud. Por ello, aquí se sostendrá desde el EC es importante y necesario considerar las preferencias, deseos, fines (o en clave del EC) o funcionamientos optados por los beneficiarios, pero de aquí no se sigue que siempre deba ser así.

### 3.3.5. El reconocimiento de la heterogeneidad de las personas

Un principio, el tercero, que podría derivarse del principio de prioridad de capacidades y de agencia, útil para profundizar en la tesis blanda desde el EC, sería aquella posición del enfoque que sostiene que debe considerarse la heterogeneidad de los seres humanos (Sen 2000: 94). Esta tesis, que podría ser denominada como el *principio del respeto a la heterogeneidad humana* sostiene que es central para el enfoque tener en cuenta la diversidad de características internas de los seres humanos (p.e., edad, actitud mental, etc.), las cuales deben informar en el proceso evaluativo de alternativas (Ruger 2009: 53 y 54). “Los individuos pueden ser diferentemente capaces de convertir sus propias dotaciones, sus propias características físicas, de razonamiento o incluso su propiedad, debido al déficit de información, entrenamiento, y ciertamente, varios tipos de creencias culturales o prácticas sociales [...] [Podrían] ser incapaces de convertir sus propias dotaciones, como las características físicas o habilidades de razonamiento, debido a que están mentalmente o físicamente afectados de forma grave” (Venkatapuram 2011: 121).

Pues bien, la tesis de la heterogeneidad es útil para la discusión del paternalismo desde el EC, ya que incluye una exigencia adicional al determinar la incompetencia o falla de agencia (o de auto-regulación) que un individuo (campo médico) o porción de una población (salud pública) debe poseer para que la intervención paternalista en salud pueda ser compatible. Esto lleva a la discusión sobre la competencia.

La discusión sobre la competencia y la incompetencia del beneficiario de una medida paternalista es uno de los asuntos más controvertidos e importantes en la discusión sobre este tema. Ha sido usualmente asociada para establecer una distinción entre las personas capaces e incapaces. En general, según este esquema, una persona sería competente cuando está facultado a tomar decisiones racionales sobre sus objetivos personales (Gert, Culver y Clouser 1997: 405; González 2006: 109) que conciernen a su propia vida y a la de los demás. Habría que afirmar aquí, que para el análisis de la incompetencia como elemento de justificación de una intervención paternalista desde el EC, aquí se rechazará en parte esta propuesta, dado que establece una división general entre personas inaceptable con la tesis del EC.

Este rechazo se justifica porque todas las personas poseen diferentes habilidades para convertir sus factores de conversión en funcionamientos en salud (Venkatapuram 2011: 158) y el enfoque de capacidades reconoce la gradualidad y pluralidad (heterogeneidad) de las habilidades de las personas para funcionar y su preocupación por desarrollar su agencia, habilidades y capacidades lo más posible (Sen 2000b: 52, 94; Nussbaum 2007: 171 y 174). Esto incluye a una pluralidad de sujetos, pasando por aquellas personas que poseerán en muy pocas circunstancias un grado suficiente (personas con graves discapacidad mental) de competencia; aquellas que serán incompetentes en otras varias circunstancias (personas con discapacidad mental) y en menores ocasiones con el paso del tiempo (menores de edad); y aquellas que poseen algunos déficits de competencia en circunstancias específicas (adultos).

La idea detrás es, que ahí donde sea posible, se agrupe todos aquellos factores internos (es decir, aquellos inherentes al sujeto) que impidan a una persona tomar una decisión autónoma, y no en función a la persona en su totalidad. De esta forma, entonces, dado que la idea de competencia está asociada al sujeto, pero en función a sus habilidades y circunstancias concretas, podría definirse la competencia de una persona como su habilidad para realizar una tarea (Alemany 2005a: 351) concreta en un momento dado. Es efectivamente en relación con una *tarea específica* de manera que pueda sostenerse (nuevamente, ahí donde sea posible) que un individuo es competente en algunos casos y en otros no; y es en un *momento* dado porque una persona pueda ser incompetente en ciertos instantes, pero no en otros.

Finalmente, es importante resaltar que la discusión sobre el grado de competencia suficiente para determinar cuándo un individuo o grupo de individuos puede ser beneficiario de una intervención paternalista de forma válida no es posible de especificar plenamente en una sola fórmula debido a dos (02) razones. En primer lugar, la cuestión de cuál es el grado adecuado es una discusión normativa, dado que depende de cada grupo social el definir hasta qué punto se debe proteger a las personas de sus propios actos, dependiendo del contexto social y ambiental. Considérese por ejemplo que las intervenciones eventualmente serían diferentes dependiendo de las diferencias culturales. Japón, país considerado como uno de los más longevos y con mejores hábitos alimenticios del mundo, donde esta es tratada de forma cercana a la medicina (comer es un acto medicinal), puede establecer estándares de competencia más elevados (que serán poco incumplidos) que otros países, como Estados Unidos de América, donde la tasa de obesidad y sobrepeso son de las más altas del mundo.

Considérese otro ejemplo, un estudio realizado en Estados Unidos para determinar de qué forma el efecto marco, uno de los tantos sesgos comprobados desde la psicología y que constituiría una causa de falla de auto-regulación de los individuos<sup>97</sup>, para ser empleado en la promoción de la vacunación contra el virus del papiloma humano (VPH). Se buscaba investigar las intenciones de los padres de familia para que presionen a sus hijos para aplicarse dicha vacuna.

Para ello, los experimentadores (Lechuga, Swain y Weinhardt 2011) sometieron a un cuestionario a todas las participantes (madres de familia). En algunos, la información sobre las consecuencias por la omisión de la vacunación era presentada en términos de ganancias, mientras que en otros casos era de forma negativa (al parecer, una forma experimental de

---

<sup>97</sup> Según este efecto, las conductas, preferencias y decisiones dependen mucho de la forma en cómo el problema aparece en frente de las personas, o como este es representado (Thaler y Sunstein 2009: 54). El caso típico y bien documentado de este tipo de sesgo es el conocido supuesto de la opción terapéutica a escoger por un paciente. Se sabe que las personas tienden a elegir una clase de cirugía si es que se les informa que de 100 personas que se sometieron a esta, 90 sobrevivieron pasado los 5 años que si se les dijera que luego de 5 años 10 de ellas fallecieron (Sunstein 2014a: 29). Esto se encuentra relacionado la aversión a la pérdida, dado que las personas suelen rechazar las pérdidas más de que los beneficios a obtenerse.

paternalismo débil e impuro) El estudio reveló que la información presentada en ambos marcos fue igual de efectiva en promover la vacunación en el caso de las madres blancas no hispánicas.

No obstante, el efecto marco en términos de pérdidas tuvo un efecto de mayor alcance en las madres no hispánicas afro-americanas y en las mujeres hispanas, comparada con la presentación informativa en términos de ganancias. Esto refleja que las diferencias culturales pueden no solo modificar el alcance de los sesgos o las limitaciones de autorregulación, sino que además ofrece márgenes de determinación de competencias diferentes. En este caso, dos grupos étnicos minoritarios (o subalternos) tuvieron reacciones distintas que el grupo étnico mayoritario. La determinación de la efectividad de la intervención puede ser variable si se considera que la promoción de la vacuna contra el VPH no siempre corre a cargo económicamente del Estado, especialmente en países en vías de desarrollo, cuyos programas públicos y subsidiados de vacunación no suelen avanzar a un ritmo veloz (Penny y otros 2011: 5022). Esto además refuerza la tesis del anti-paternalismo duro trabajada atrás, de exigir que los problemas de salud consideren todos los factores, no solo los conductuales.

Finalmente, en segundo lugar, la discusión se encuentra además limitada a los avances que hoy en día existen en psiquiatría, neurología y neurociencias, disciplinas que aún no terminan de explorar la cuestión de qué elementos deben considerarse en todos los casos para hablar de competencia e incompetencia, siendo que existen acuerdos parciales con relación a ámbitos específicos (momentos o espacios concretos) de la conducta humana sujetos a fallas de juicio (cálculo de probabilidades, alimentación en alimentos procesados fuera del hogar, trastorno de identidad corporal con base neural, exceso de optimismo, etc.).

Por ejemplo, existe una vasta literatura sobre la tendencia de los seres humanos a valorar beneficios sobre sí mismos de forma diferente en función al tiempo de obtención del mismo, lo que se conoce como el *sesgo del presente* (Loewenstein, Brennan y Volpp, 2007: 2415; Sunstein 2013: 1843). Si el beneficio es obtenido de forma marginal, pero en el corto plazo, las personas suelen asignarle un mayor valor que los beneficios obtenidos en el largo plazo, así sean mucho mayores. Esta es una de las explicaciones existentes que ayuda a entender por qué muchas personas rompen sus dietas con facilidad o no abandonan completamente el hábito de fumar cigarrillos. El proceso de valorar de forma exagerada el presente respecto del futuro es conocido como el *descuento hiperbólico* (Aggarwal, Davies y Sullivan, 2014: 2) y tiene como ubicación neural una característica, falla (o inactivación) de la corteza prefrontal (Mitchell y Otros, 2010: 857). Esto produce que las personas no puedan sentir las consecuencias futuras (negativas o positivas) como suyas. Es decir, mientras más hacia el futuro se visualizan las consecuencias, el cerebro las trata como si no fueran propias, sino de un tercero.

Por otro lado, existe una discusión todavía no definitiva sobre los casos de trastorno de identidad corporal, mencionados ya atrás, aquella condición médica que consiste en que las personas que la padecen no reconocen una parte de su cuerpo como suya, y como consecuencia poseen un fuerte deseo por desprenderse de esta (Müller 2009; Bayne y Levy 2005; Alemany 2014). La evidencia sobre qué exactamente causa esta condición no es concluyente, aunque hay ciertas explicaciones neurales que permitirían circunscribir la incompetencia con relación a una tarea específica (reconocer una parte específica del cuerpo como propias, en todo momento) al funcionamiento deficiente del lóbulo parietal superior, que impedirían que la persona pueda tener una imagen sensitiva completa de sí misma. Las personas que padecen esta patología poseen un mapa neurológico incompleto de su propio cuerpo y por ello desean desprenderse, con precisión quirúrgica, de una porción de este (National Geographic Channel 2010). En todo lo demás, no es posible afirmar que sean incompetentes. El caso de los wannabe es un ejemplo que prueba la importancia de circunscribir la noción de competencia lo más posible a una tarea en un contexto específico.

Para ambos casos (relevantes para el estudio de la justificación paternalismo en salud), sería imposible establecer una fórmula única que pueda resolver cuándo uno se encuentra con una limitación en su capacidad de auto-regulación, más aún si se considera que el primer caso es abordable a los miembros de una población (social); mientras que el segundo puede circunscribirse a la relación médico-paciente (individual). Estas son tan plurales como tareas específicas existentes. No obstante, el hecho que sí existan estos estudios que hablen sobre las diversas formas de limitación de la agencia / autonomía individual, nada impediría a que, en un análisis casos por caso, se demuestre (dentro de un grado razonable de verdad) que las personas beneficiarias efectivamente no son plena o suficientemente agentes para realizar la conducta que busca reducir o eliminar la intervención paternalista.

### 3.3.6. El umbral de capacidad

El cuarto principio del EC que puede extraerse es el derivado de la exigencia del umbral de capacidad. De acuerdo con esta tesis, a la que se denominará, el *principio de umbral mínimo de protección de capacidad*, planteada por Martha Nussbaum (2000b: 124; 2007: 83; 2012: 56), un requerimiento mínimo de su teoría de la justicia basada en el enfoque exige “el respeto por la dignidad humana obliga a que los ciudadanos y ciudadanas estén situados por encima del umbral mínimo amplio de capacidad en todas y cada una de” las dimensiones del bienestar consideradas como relevantes, que en su caso sería una realización mínima de las diez (10) capacidades centrales de su lista (Nussbaum 2012: 56).

Una posición por debajo de este umbral, significaría que los ciudadanos no pueden funcionar de forma genuinamente humana, por lo que el objetivo es situar a las personas por encima de este umbral de capacidad (Nussbaum 2006: 83). Toda persona que se encuentre bajo este umbral estaría en una situación de déficit (privación, indignidad, degradación, etc.) de capacidad, situación que en principio no sería considerada como deseable por el individuo, la sociedad (o un grupo dentro de ella) o el Estado. El objetivo en muchos casos sería perseguir que las personas se ubiquen justo por encima (o más cerca) de este umbral o muy por encima de este. El objetivo es asegurar que las personas encuentren garantizada su capacidad en salud por encima de cierto umbral de suficiencia, ya sea beneficiándolas para que se encuentren en dicha posición o evitando que se ubiquen por debajo de ésta. El objetivo en estos casos es asegurar el objetivo del EC: que las personas puedan perseguir adecuadamente la vida que tienen razones para valor.

El principio de umbral de capacidad sería relevante para la discusión del paternalismo en salud porque trae a colación la discusión sobre el paternalismo “perfeccionista” y “no perfeccionista”. Un acto paternalista sería perfeccionista si la intervención tiene como objetivo satisfacer bienes individuales por muy encima de lo que se ha considerado como adecuado por la sociedad o el Estado. Una medida de esta naturaleza, si bien puede estar fundada en una dimensión valiosa, como la salud, tiene como objetivo ubicar a las personas muy por encima del umbral para que puedan realizar sus planes de vida.

Un ejemplo es el caso del ejercicio de correr a paso ligero (*jogging*), del cual existe evidencia de que cierta cantidad moderada a la semana de este ejercicio es bueno para la salud (Schnohr y otros, 2013; Schnohr y otros 2015), dado que aumenta la esperanza de vida y reduce (previene) la morbilidad. Una sociedad que elabore medidas paternalistas que busquen que las personas se ejerciten muchas más horas de las necesarias para obtener un funcionamiento en salud sumamente elevando, a través del ejercicio a paso ligero (*jogging*) constituiría una intervención perfeccionista en salud.

Por su parte, una intervención paternalista no perfeccionista sería aquella que tenga como objetivo mantener a las personas justo por encima de dicho umbral de suficiencia. De esta forma, las políticas en salud pública para desalentar el consumo de tabaco serían no perfeccionistas, en tanto lo que buscan es que las personas no incrementen los riesgos de

daño a su salud, que puede materializarse en la adquisición de varias enfermedades crónicas, como el cáncer al pulmón o al estómago. En tanto padecer estas enfermedades constituye un daño grave e irreversible, evitar que las personas alcancen dichos funcionamientos en salud, parece ser una razón a favor de esta intervención.

No obstante, a primera vista parece que las intervenciones paternalistas desde el EC requieren de ser “no perfeccionistas” para ser compatibles. La primera razón para sostener ello es que la exigencia del umbral es ante todo un requerimiento para expandir capacidades, y no necesariamente funcionamientos. En segundo lugar, asumiendo que la exigencia de un umbral se aplique tanto a capacidades como a funcionamientos, éste consiste en un requerimiento mínimo e indispensable de justicia social, mas no en una exigencia integral de justicia igualitaria. El umbral de capacidad desde el enfoque alude a una condición sumamente mínima para que una persona no vea afectada su dignidad, lo cual no significa que pueda existir otro umbral de suficiencia que forme parte de una propuesta normativa no mínima, para la cual sí sería útil la distinción entre paternalismo perfeccionista y no perfeccionista esbozada aquí.

En este caso, de existir este segundo umbral, la distinción mostrada podría operar como un atributo necesario, puesto que las intervenciones paternalistas que busquen lograr funcionamientos muy por encima de un nivel adecuado de desarrollo de salud sí podrían atentar contra el objetivo del enfoque: permitir que las personas lleven a cabo la vida que tienen razones para valorar. La existencia de estas clases de intervenciones no atentaría contra el principio de umbral de capacidad, sino con toda la propuesta del EC, de existir este segundo umbral. De esta forma, una intervención paternalista que promueva que las personas sean esbeltas no sería compatible con el EC, puesto que esta intervención exige demasiado de las personas, más de lo que sería adecuado para que puedan llevar a cabo su concepción de la vida buena. Sin embargo, el hecho que este otro umbral no forme parte del cuerpo teórico del EC ni haya sido sugerido<sup>98</sup>, no permite establecer que un atributo necesario sea que estas sean no perfeccionistas en salud, aunque sí sería posible afirmar que, como atributo complementario, que una intervención paternalista en salud tiene más posibilidades de justificación si esta es “no perfeccionista”.

Pero hay tres (03) elementos que refutarían lo sostenido justo atrás. En primer lugar, la capacidad en salud, como se ha expuesto, está compuesta tanto de la agencia como de los funcionamientos en salud, por lo que la exigencia del umbral claramente se aplicaría a los funcionamientos. En segundo lugar, si la composición de la capacidad en salud es tanto agencia como funcionamientos, y se considera el compromiso liberal del EC, es razonable que se priorice el ejercicio de expansión de capacidades y de agencia, como de hecho se ha afirmado a lo largo de todo este capítulo. En tercer lugar, y derivado de lo anterior, la tesis débil pro-paternalista implica colocar una barrera más elevada, por lo que sí sería razonable que el enfoque establezca el tope (umbral) en el caso de la promoción de funcionamientos en salud a expensas de la agencia (paternalismo en salud).

Por lo tanto, según el principio de umbral, es razonable que los funcionamientos en salud que se busquen asegurar a las personas frente a sus actos auto-lesivos sean de tal importancia que comprometan su dignidad de forma seria, al menos claramente en el caso de adultos. Se trata también de recordar esta famosa dualidad trabajada por Nussbaum de los funcionamientos fértiles<sup>99</sup> y las desventajas corrosivas<sup>100</sup> (Nussbaum 2012: 64 y 65), que se encontraría incorporada (aunque no completamente) como un componente dentro del concepto de capacidad básica, siguiendo la terminología vista en el primer capítulo. La

<sup>98</sup> El enfoque establece una exigencia de expansión y de mínimos. No establece un tope.

<sup>99</sup> “Un funcionamiento fértil es aquel que tiende a favorecer también a otras capacidades relacionadas” (Nussbaum 2012: 64).

<sup>100</sup> “Las desventajas corrosivas son el reverso negativo de la moneda de las capacidades fértiles: constituyen privaciones que tienen efectos especialmente amplios en otras áreas de la vida” (Nussbaum 2012: 65).

medida paternalista sería más compatible si el funcionamiento deficiente en salud constituye una desventaja corrosiva.

De aquí uno podría derivar que las medidas paternalistas en salud son bastante más compatibles con el EC si protegen a las personas de funcionamientos en salud deficientes graves y/o irreversibles para la capacidad en salud del beneficiario. La exigencia es compatible con el pro-paternalismo débil porque la idea es que el punto de referencia obligatorio sea siempre verificar que los funcionamientos provocados por (o que posiblemente puedan provocar) los beneficiarios por sus actos auto-lesivos sean graves y/o irreversibles. Esto no quita que en otros casos esta exigencia de debilita de forma justificada (piénsese en el caso de los menores de edad). Pero el punto de partida debe ser elevado.

Todo lo dicho hasta ahora permitiría validar la prohibición progresiva y absoluta de grasas trans prevista en la Ley de comida chatarra, dado que el consumo de este compuesto comprometería de forma grave e irreversible la capacidad en salud de los beneficiarios. Esto es así si se considera que existe evidencia que las grasas trans son un factor que contribuye en el desarrollo de enfermedades crónicas (Friedman 2014: 1748). Asimismo, se sabe que el incremento de 2% en el número de calorías tomadas de grasas trans incrementa la incidencia de enfermedades al corazón en un 23% en las mujeres (Conly 2013: 153). Finalmente, habría que recordar lo mencionado en la introducción, cuando se dijo que de acuerdo a la Escuela de salud pública de Harvard, el consumo de grasas trans eleva el colesterol perjudicial para la salud, y estimaban que, para la época del estudio, en 1994, participaba o tenía que ver en la muerte de 30,000 y 100,000 personas anuales por problemas coronarios y cerebrales.

### 3.3.7. La necesidad de deliberación

Una de las objeciones más extravagantes hacia el paternalismo sostiene que si este es admitido dentro de sociedades liberales, tarde o temprano se expandirá sobre todas las esferas sociales, públicas y privadas. Se afirma que su permisión podría llevar (con bastante seguridad) al establecimiento de una sociedad de tipo espartana (Feinberg 1986: 24) o la configuración latente de un estado totalitario (Veetil 2011: 332) o casi aspirando a uno (Cfr. Sumar 2013). Aunque la objeción en efecto es demasiado radical, permite establecer una distinción sumamente fundamental para el propósito de este apartado.

Esta objeción permitiría distinguir dos (02) formas de generales de entender el paternalismo (Alemany 2005a: 456). En la primera, se trataría de una forma de gobierno, y por lo tanto, incompatible con una sociedad liberal y por añadidura con el EC. La objeción del totalitarismo estaría justificada en este extremo. Pero no sería así en la segunda forma, dado que en esta se parte de la premisa de contar con un gobierno democrático y liberal, siendo que el paternalismo sería una de las tantas formas de intervención dentro de este sistema de gobierno. De esta manera, habría que distinguir gobiernos paternalistas (o despóticos benevolentes) de ejercicios de poder paternalistas dentro de un sistema liberal y democrático.

La existencia de un sistema democrático exige que las decisiones sean sometidas a lo que se denomina como el *discurso moral intersubjetivo*, es decir, las disposiciones mínimas para que las decisiones y actitudes sean convergentes entre las personas, vía la concreción de arreglos sociales (Nino 2007: 109; 2003: 74 y 161). A través de distintas pautas de deliberación racional se busca que los individuos compartan sus inquietudes y valores hacia un resultado específico, en este caso, la validación o no de una medida concreta (Ruger 2009: 61; Schiavone y Otros 2013: 109).

De esta forma se abre paso a la tesis o *principio de deliberación* desde EC (el quinto principio normativo), que sostiene que las intervenciones paternalistas en salud deben ser sometidas

a deliberación, siempre que esta sea posible y necesaria. Esto es así porque en muchos casos el paternalismo, en especial cuando se trata de medidas en el ámbito médico o donde la relación humana es diádica, el caso no es controvertido y se presupone cierta autorización para ser paternalista que no deberían exigir siempre dicho sometimiento. Considérese los casos de emergencias médicas, donde la urgencia de la intervención requiere de la protección inmediata de la capacidad en salud del beneficiario y el tiempo para corroborar la incompetencia es demasiado limitado; o los casos de ejercicio regular de la paternidad en temas de salud.

En otros casos, en especial aquellos casos donde las intervenciones son configuradas como políticas sanitarias, es necesario introducir el valor de la democracia, o el gobierno por discusión, como diría Sen (2010: 354) como un requisito necesario para determinar la compatibilidad de la medida con EC. Una cuestión importante es qué tipo proceso de deliberación sería necesario en este caso. Considerando que el enfoque abraza una tesis pro-paternalista débil, lo razonable entonces es establecer una barrera algo más amplia para satisfacer este requisito.

En principio, uno podría afirmar que no bastaría con que la medida sea efectuada por un tomador de decisión individual, como un ministro (a través de un decreto supremo) o un alcalde (a través de un decreto de alcaldía). Uno podría establecer como primer requisito que la decisión posea en su composición a un órgano con representación política (democrática) que haya deliberado previamente, o que al menos exista legitimidad de un órgano con estas características. Hasta aquí entonces se consideraría razonable exigir que las decisiones paternalistas contenga al menos la legitimidad de un órgano colegiado elegido democráticamente por la ciudadanía.

Pero la representación política tiene un límite, y es que hay cierta distorsión al valor de la democracia si es que un reducido grupo de individuos toma decisiones que afecten a los demás (Nino 2003: 204). Por ello, sería necesario introducir un segundo elemento, que sería la exigencia de participación de una representación no institucionalizada de los miembros de la sociedad afectados por la intervención, sean o no beneficiarios. Es cierto que al permitir que grupos no institucionalizados participen en la discusión, en el proceso de formulación de política, conlleva a que un grupo poderoso pueda someter sus intereses frente a la salud de los demás. Esto puede apreciarse con la discusión en el Perú de la “Ley de comida chatarra”, que desde su promulgación hace ya varios años hasta la fecha sigue generando polémica, no solo debido a las críticas anti-paternalistas a la ley (Cfr. O’Neill 2013; Sumar 2013), sino por la altamente cuestionable participación del sector empresarial y de los partidos políticos afines a estos.

Por ejemplo, y como se contó en la introducción, en el año 2015, durante la etapa de reglamentación de la Ley, la Sociedad Nacional de Industrias (SNI) presionó al gobierno y cuestionó la intromisión de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en la discusión sobre la reglamentación. El 20 de mayo de dicho año, el presidente del gremio empresarial en cuestión envió una comunicación a la Directora de la OMS, Margaret Chang, cuestionando la participación de un funcionario de la OPS en el tema, denunciando sus acciones como actos sobre asuntos internos del país, pese a que el funcionario del organismo en cuestión pidió que la reglamentación de la Ley incluya la participación de expertos, y no solo de funcionarios de la Presidencia del Consejo de Ministros<sup>101</sup>.

En el año 2017, durante la discusión en la Comisión del protección al consumidor del Parlamento peruano, ante la tentativa de elaborar un dictamen para una nueva Ley (en

---

<sup>101</sup> Mayor información en: [http://elcomercio.pe/blog/cuidatusalud/2015/08/salud-publica-vs-industria-ultimo-caso-peruano?ref=nota\\_ciencias&ft=contenido](http://elcomercio.pe/blog/cuidatusalud/2015/08/salud-publica-vs-industria-ultimo-caso-peruano?ref=nota_ciencias&ft=contenido) Último acceso: 20/08/2015.

contra de la reglamentación de la actual), el congresista del partido de oposición y presidente de dicha comisión, Miguel Castro, impidió la participación de dos expertos en el tema. Castro no solo indicó que la exposición del experto de la OMS invitado por el partido progresista no había sido autorizada, sino que solicitó al personal de seguridad que retiren al funcionario de dicho organismo del recinto parlamentario<sup>102</sup>.

Estos ejemplos claramente muestran los límites y peligros de grupos de poder. Pero el proceso democrático no puede establecer ninguna presunción en contra y limitar su derecho a participación. Pero además, la posibilidad de darles espacio permite exponer las debilidades de imparcialidad de un debate político, permitiendo un mayor control por parte de toda la sociedad civil, algo que claramente ha sido valorado desde el enfoque (Sen 2000; 2009). De hecho, en el segundo caso mencionado, hubo una gran crítica por parte de toda la sociedad civil. El Dr. Elmer Huerta, reconocido médico peruano, expuso su indignación en las redes sociales, denunciando lo realizado por el presidente de la comisión. Muchos medios de comunicación rebotaron sus declaraciones y posteriores columnas de opinión especificando con más detalle el problema, permitiendo que más personas estén atentas y puedan denunciar los excesos de poder, así como aprender más del problema público en cuestión, y así formarse una mejor opinión.

Estos casos parece que muestran la complejidad alrededor de este requisito, y en efecto cierta complejidad parece algo inevitable. Considérese también el caso del incremento del impuesto al tabaco mencionado anteriormente, que fue formalizado mediante el Decreto Supremo N° 112-2016-EF, emitido por el Ministerio de Economía. A primera vista, la norma parece que no satisface el requisito del principio de deliberación sostenido por el enfoque (además del principio de agencia, como ya se mencionó atrás). No obstante, la legitimidad democrática colegiada del Ministerio de Economía para el alza del impuesto radica en que el artículo 61° del Decreto Legislativo N° 821<sup>103</sup> (norma con rango de ley emitida por el Ejecutivo y directamente autorizada por el Parlamento) autoriza a dicho Ministerio para modificar las tasas y/o los montos fijos de diversos bienes, entre los cuales se encuentran los cigarrillos vía Decreto Supremo, por lo que el requisito establecido por el enfoque estaría satisfecho en este extremo.

Ciertamente, la legitimidad democrática no es plena, dado que un órgano colegiado no ha tomado la decisión específica de incrementar el impuesto. Eventualmente, uno puede derivar que del enfoque no debería autorizarse alguna intervención paternalista que no haya sido elaborada directamente por un órgano colegiado elegido democráticamente, en el entendido que así se satisface mucho mejor la tesis del pro-paternalismo débil. Hay tres (03) problemas con este argumento.

El primero es que del paso a una decisión sin legitimidad democrática colegiada a una que sí la posee hay etapas intermedias (como el último ejemplo mostrado). En última instancia esto sería un debate de grados, y aquí existe cierto espacio para discrepar, aunque con dificultad para defender, por qué se debe aceptar cierto grado de legitimidad favorable a una medida, y no un grado menor de legitimidad. Y debido a que no es fácil sustentar por qué se necesita un grado más o un grado menos, es razonable dejar la puerta abierta para los casos concretos. No se trata claramente de una tesis fuerte a favor del paternalismo, pero sí pro-paternalista (y entonces, dentro del pro-paternalismo débil).

El segundo problema es que hay que considerar en cierto sentido los límites o características de la práctica legislativa. Es algo usual que los temas técnico-económicos de alta complejidad (como es el establecimiento del monto o porcentaje de impuestos y tasas) sean

<sup>102</sup> La información completa puede verse en: <http://larepublica.pe/politica/1142237-congreso-critican-a-fujimorista-por-retirar-de-sesion-a-representante-de-la-oms-video>. Último acceso: 22/12/17.

<sup>103</sup> Nuevo texto de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, del 22 de abril de 1996.

dejados a la responsabilidad del Ejecutivo, legitimada a través de una autorización del Parlamento, que faculta a aquel a legislar en temas expresa y específicamente indicados en dicha norma, supuesto que se corresponde con el caso del impuesto al tabaco<sup>104</sup>.

El tercer problema es que, como se mencionó al inicio de este gran apartado sobre la justificación del paternalismo, la lógica de extraer pautas de principios normativos derivados del EC es reconocer que estos pueden exigir cumplimientos graduales dependiendo de los casos concretos. Establecer un requisito muy categórico, habiendo espacios de discusión, iría en contra de lo planteado aquí, y de hecho, ya no sería tan compatible con el enfoque en este extremo.

En efecto, dejar la puerta abierta tiene relevancia, porque permite discutir con un poco más de matices diversos casos. Considérese, como un caso ubicado a un lado del espectro, el famoso *portion rule case* o *Big Gulp ban*, suscitado en la ciudad de Nueva York hace unos años y comentado brevemente atrás. A través de una norma emitida por la Junta de Salud de la ciudad, el alcalde Michael Bloomberg prohibió que los envases de bebidas azucaradas sean mayores a 16 onzas. Esta medida, claramente paternalista, fue invalidada por la Corte de Apelaciones de Nueva York<sup>105</sup>. La Corte consideró importante para invalidar la disposición el hecho que la restricción de la autonomía haya sido efectuada sin el aval alguna autoridad legislativa (democrática), lo cual significó que la Junta había excedido sus competencias al establecer dicha prohibición.

Un caso interesante y que prueba la gradualidad, se suscitó en Estados Unidos, en la famosa controversia entre la ciudad de Cleveland versus el Estado de Ohio<sup>106</sup>. La disputa jurídica se originó debido a la ordenanza del concejo de dicha ciudad promulgada en abril de 2011 prohibiendo el almacenamiento, distribución, preparación en algún menú o en la venta como insumo de grasas trans. Frente a esta decisión, el Estado de Ohio en ese mismo año decidió emitir una ley que, entre otras cuestiones, prohibía que las ciudades ejerzan su poder normativo para prescribir las grasas trans.

La decisión de la Corte de Apelaciones fue la invalidación de la Ley estatal, basado en la Constitución del mismo Estado, que permitiría que “las ciudades tengan la potestad de promulgar disposiciones jurídicas para proteger la salud de sus poblaciones, y que el Estado no podía apropiarse del ejercicio de dicha potestad en ausencia de una ley integral que regule la salud pública estatal” (Parmet 2014: 1792). El caso es interesante porque la legitimidad democrática para la medida existe en el nivel de escala distrital, pero no estatal, creando la controversia, difícil aunque no irresoluble, de cuál de estas instancias debería prevalecer, probándose en efecto la importancia de graduar el extremo de este requisito trabajado aquí.

De esta forma, parece plenamente razonable desde el EC exigir que en el espacio de la política sanitaria, se encuentre asociada a la legitimidad de un órgano colegiado con representativa democrática, junto con participación de las partes interesadas y afectadas, sea un requisito necesario para compatibilizar una intervención paternalista con el enfoque.

---

<sup>104</sup> El Parlamento peruano, mediante Ley autoritativa N° 26557, delegó al Ejecutivo la facultad de legislar sobre las normas relacionadas a impuestos, introducir ajustes técnicos, precisar la vigencia y cobertura de los regímenes especiales, etc., lo que incluye la revisión y ajuste de los montos de impuestos selectivos al consumo de productos como el cigarrillo.

<sup>105</sup> *New York Statewide Coalition of Hispanic Chambers of Commerce v. New York City Department of Health & Mental Hygiene* [16 N.E.3d 538 (N.Y. 2014)].

<sup>106</sup> *Cleveland v. State*, 2013-Ohio-1186.

### 3.4. Los criterios para evaluar el paternalismo en salud desde el enfoque

Vistos todos los principios que pueden derivarse de las principales tesis del EC para atender a la cuestión de la justificación del paternalismo, toda entonces sintetizar una propuesta que sirva para identificar cuando una intervención es compatible con el enfoque. Los requisitos a ofrecerse mantendrán una misma estructura o estilo de diagramación que la definición de paternalismo en salud ofrecida en el capítulo anterior.

Asimismo, y como se verá ahora mismo, los requisitos incluyen la posibilidad que puedan ser exceptuados en función al caso concreto, lo cual es compatible con la lógica de la concurrencia de principios para resolver un caso concreto, como se indicó en el apartado dedicado a la cuestión de la justificación del paternalismo. Finalmente, estas salvedades también han sido realizadas porque los requisitos pueden ser debilitados o prescindibles dependiendo si la intervención es en un nivel de escala individual (p.e. paternalismo médico) o poblacional (salud pública); así como si la medida va dirigida a menores, personas con discapacidad mental o adultos. La propuesta final quedaría de la siguiente manera:

Una intervención paternalista<sup>107</sup> en salud llevada a cabo por un sujeto “A” es compatible con el enfoque de capacidades si:

1. Es sometida a una presunción en contra, barrera más elevada y/o carga de argumentación adicional (pro-paternalismo débil)
2. Restringe en menor grado el conjunto capacidad del sujeto “B” u otros sujetos no beneficiarios (paternalismo débil).
3. En tanto sea posible y necesario, demuestra que el sujeto “B” posee limitaciones internas de auto-regulación que impiden ejercer su agencia para llevar o dejar de llevar conductas que le provoquen funcionamientos deficientes. La determinación de la ausencia o falla de auto-regulación debe ser especificada lo más posible a una tarea y momento concreto, con mayor razón si se trata de un adulto (paternalismo blando).
4. Quien interviene toma en cuenta necesariamente otras alternativas para abordar integralmente el funcionamiento en salud deficiente producido en parte por la conducta auto-lesiva de “B”, a través de intervenciones sobre los distintos factores de conversión que expliquen el problema de salud (anti-paternalismo duro).
5. Tiende a obtener, en tanto sea posible, los funcionamientos en salud preferidos por el sujeto “B” (paternalismo de medios).
6. Las conductas auto-lesivas, de mantenerse, puedan (y tiendan a) afectar de forma grave y/o irreversible la capacidad en salud del sujeto “B” (paternalismo básico o central o no perfeccionista).
7. Siempre que sea posible, es sometida a deliberación. Si se trata de una política sanitaria, esta deberá ser estar legitimada lo más posible por un órgano colegiado y elegido democráticamente. Asimismo, deberá haber permitido, en alguna instancia o etapa del proceso de toma de decisión, la

---

<sup>107</sup> El sujeto “A” (el paternalista) ejerce paternalismo en salud sobre “B” (el beneficiario):

- Cuando se ejecutan (o puedan ejecutar), a través de la conducta auto-referente de “B”, ciertos funcionamientos en salud inadecuados o deficientes.
- Siendo que las conductas que definen el funcionamiento en salud de “B” son por acción u omisión; voluntarias o involuntarias.
- Con el objetivo que el sujeto “B” logre (o pueda lograr) ciertos funcionamientos en salud, presuntamente mejores que los realizados en caso no existiera la intervención paternalista.
- Cuando el sujeto “A” cree que el sujeto “B” no está llevando (o no llevará) a cabo actos que logren mejores funcionamientos en salud, independientemente de si el sujeto “A” tiene conocimiento de la existencia e influencia de factores de conversión personales o de otra clase que puedan explicar el funcionamiento deficiente o inadecuado de “B”.
- Siendo que el sujeto “B” es una persona o una población de individuos.

posición de representantes no institucionales del sujeto "B" y de otros afectados (gobierno no paternalista).

El primer requisito corresponde a la tesis pro-paternalista débil que subyace dentro del enfoque, al sostener la tesis de la prioridad de capacidades sobre funcionamientos. Esta tesis además se extiende claramente sobre los requisitos 3, 5 y 7, donde se aprecia una exigencia o una barrera más elevada para justificar una medida concreta. El segundo requisito se deriva con la tesis anteriormente mencionada, al buscar que la intervención genere una carga menor sobre el conjunto de capacidades de los beneficiarios.

El tercer requisito, el que podría considerarse el más importante, pertenece a la derivación del principio de agencia y la tesis blanda del paternalismo, dado que es razonable demostrar la ausencia o falla en la habilidad de auto-regulación del individuo para evitar la conducta auto-lesiva. Cuando se incorpora la expresión "en tanto sea posible", se pretende excluir aquellos casos donde la urgencia del caso impide que esta habilidad no pueda ser oportuna y suficientemente probada, o donde el beneficiario es claramente inhábil para auto-regularse, como el caso de muchos menores de edad o personas con grave discapacidad mental (siempre por su puesto, asociado a una tarea específica en un momento determinado o fijado).

El cuarto requisito es el que ha sido mencionado en algunas ocasiones a lo largo de esta investigación, desde el primer capítulo. Se trata obviamente de recordar que los problemas de salud pueden deberse a la confluencia de los diferentes tipos de factores de conversión de un individuo o de miembros de una población. Y entonces, una medida paternalista es compatible con el EC cuando quien interviene también considera estos otros flancos, y parte de la premisa que la medida en cuestión no necesariamente será suficiente para lograr el resultado de funcionamientos en salud. Considérese que una alternativa concurrente con la intervención paternalista podría ser ayudar a que las personas sean más autónomas y puedan reducir sus limitaciones de racionalidad y auto-control con relación a la tarea específica motivo de intervención.

El quinto requisito es el más gradual de todos, dado que se trata de buscar aquellas medidas que, en la mayor medida de lo posible, tiendan a satisfacer las preferencias de los beneficiarios. Se trata de que estas intervenciones se constituyan como medios para alcanzar los fines de los beneficiarios, antes que promuevan fines que ellos no abracen. Obviamente, en muchos casos esto no será razonablemente posible ni necesario, por lo que buscar ciertos fines (funcionamientos en salud específicos) sería plenamente compatible.

El sexto requisito busca determinar qué funcionamientos deficientes en salud merecen ser el foco de las intervenciones paternalistas. Se optó por considerar aquellos que tengan efectos graves y/o irreversibles sobre la capacidad en salud del beneficiario, de tal forma que se reduzca lo más posible el espectro de patologías que puedan ser abordadas por medio de esta clase de intervenciones.

Finalmente, el último requisito, el sétimo, recuerda la importancia de la deliberación como procedimiento para la toma de decisión. Igual que en varios otros requisitos, se establece la condicional de la posibilidad, porque en algunos casos, por la urgencia o por la clara justificación de la intervención, la deliberación puede prescindirse. Se incluye además el requisito de que cuando se trata de una medida de salud pública estatal, la medida requiere que la decisión posea legitimidad de un órgano colegiado elegido democráticamente. De esta forma se garantiza que la deliberación exista previamente a la decisión y que esta esté conformada por sujetos representativos de todos los que puedan ser afectados.

### 3.5. Reflexiones finales

El ejercicio de este último capítulo, el más largo de todos, ha significado la conexión y síntesis de varios elementos significativos del enfoque de capacidades en la cuestión de la justificación del paternalismo. En primer lugar, se ha encontrado una fuerte y estrecha relación de la importancia de entender el sentido de la *salud humana* con la autonomía y agencia individual. La propuesta de Lennart Nordenfelt constituye un importante aporte desde la filosofía de la medicina para comprender las dimensiones normativas de la salud. Esto no excluye que esta noción sea complementada por otras concepciones, como aquellas no-normativas o naturalistas, razón por la cual se consideró que un componente incluya la idea de patología sugerida por Daniels.

En segundo lugar, y derivado de lo siguiente, se han mostrado las concepciones de la salud más importantes que han emergido desde el EC. Se ha podido apreciar que estas son plenamente compatibles con las concepciones de la salud humana antes mencionadas. La capacidad en salud es una noción que complementa de forma adecuada la cuestión de la salud humana con las condiciones, necesidades, valores y respuestas sanitarias que circulan en los debates y problemas públicos actuales. El componente de agencia en salud presente en todas las concepciones estudiadas resalta la prioridad de la habilidad de las personas ha sido clave para otorgarle el lugar adecuado al paternalismo.

Siguiendo los debates del EC aplicado a la salud, conocidos además en el debate de las concepciones de la capacidad en salud, se ha considerado elaborar principios normativos derivados de los principales postulados del enfoque. De esta forma se han derivado el principio de *prioridad de capacidades, de agencia, deliberación, de umbral mínimo de protección de capacidad y de respeto a la heterogeneidad humana*. Cada uno de estos principios tienen la característica de ser indeterminados, ser satisfechos en grados y poseer un grado importante de abstracción que permitan su concurrencia en la evaluación normativa de un caso concreto, en este caso, para abordar una intervención paternalista en salud. Derivado de dichos principios, sumado al estudio de la literatura especializada del paternalismo se han elaborado diversas pautas que deberán ser verificadas en la evaluación de una medida paternalista.

Por ello, se espera que el propósito de esta investigación haya sido satisfecho. Con lo trabajado hasta ahora se ha podido, en primer lugar, justificar y desarrollar un concepto de paternalismo en salud considerando los elementos claves del EC. En segundo lugar, se ha justificado y ofrecido un artefacto evaluativo para determinar cuándo una medida concreta es compatible con el EC. Nada impide obviamente que lo desarrollado aquí merezca mayores revisiones y modificaciones, tal vez creando pautas mucho más específicas, o diferenciando las pautas en el caso de intervenciones médicas de aquellas elaboradas desde la salud pública. Pero el modesto aporte aquí es avanzar de forma más ordenada en la discusión, así como empleando el conocimiento adyacente al enfoque que sea útil.

## CONCLUSIONES

- Tanto John Stuart Mill como John Rawls constituyen personajes referentes en la historia del pensamiento filosófico claves para comprender la evolución del enfoque de capacidades, incluyendo algunos puntos importantes sobre el estudio del paternalismo. Ninguno de ellos ha rechazado la posibilidad de admitir medidas paternalistas dentro de los sistemas normativos propuestos por cada uno.
- John Stuart Mill, con todas las reservas que supone encontrar una interpretación correcta a su obra, llegó a admitir el paternalismo en varios supuestos. De hecho, interpretar su noción de libertad en el sentido de independencia permite ampliar el alcance del principio del paternalismo a varios muchos otros supuestos, en el entendido que es razonable intervenir ante los actos auto-lesivos de un individuo si es que no es lo suficientemente autónomo.
- John Rawls incorporó el paternalismo como un principio dentro de su obra, en la parte no ideal de su teoría de la justicia. De esta forma, creó un procedimiento de doble filtro de naturaleza lexicográfica. En el primero, estableció que el paternalismo se justifica si es que la persona posee fallas de racionalidad y auto-control. En el segundo, la medida sería válida si es que se efectúa considerando sus preferencias más firmes o en función a los bienes primarios.
- El enfoque de capacidades es un marco analítico y normativo que tiene como función evaluar la situación de las personas en sus respectivos contextos, conforme a lo que pueden ser y hacer. Habría cinco (05) elementos claves del enfoque sumamente útiles para la discusión del paternalismo: funcionamiento, capacidad, agencia, factor de conversión y umbral de suficiencia. Son elementos importantes porque a partir de estos sería posible derivar principios prácticos para definir la cuestión de la compatibilidad del paternalismo.
- Varios estudiosos del enfoque de capacidades han discutido expresamente, aunque no todos de forma exhaustiva, la cuestión del paternalismo. Martha Nussbaum, Severine Deneulin, Richard Arneson, Rutger Claassen, Ian Carter, Mozaffar Qizilbash y Jennifer Prah Ruger han sido los considerados en esta investigación. Salvo el caso de Carter, quien realiza un intento poderoso (aunque insuficiente) de eliminar todo rastro paternalista en el enfoque, ninguno de los autores mencionados rechaza el paternalismo dentro del enfoque.
- No obstante, ninguno de los autores ha analizado todos los elementos conceptuales o particularidades del enfoque para extraer tesis o principios normativos para luego aplicarlos de forma evaluativa y sistemática sobre el paternalismo. Además, ninguno de los autores ha justificado la definición de paternalismo empleada, cuestión sumamente importante en esta clase de debates, debido al carácter controvertido alrededor de su definición. Por ejemplo, no se ha ofrecido una discusión analítica profunda sobre las diferencias entre el paternalismo y lo que se denomina perfeccionismo. Finalmente, ninguno ha empleado de forma sistemática las primeras y nuevas investigaciones realizadas sobre la cuestión del paternalismo.
- La literatura especializada que ha estudiado la cuestión del paternalismo es algo confusa y divergente. Una de las razones, las que se tratarán en este apartado, radica en el poco esclarecimiento y consenso sobre otros conceptos relacionados al de paternalismo. Este concepto también ha sido mencionado desde la literatura del EC: se trata del perfeccionismo.

- Tomando en consideración lo esbozado por estos tres autores e incluyendo la literatura ajena al enfoque que ha trabajado esta cuestión uno puede inferir que existirían dos (02) conceptos o formas de entender el perfeccionismo. Según el primer concepto, este sería una tesis sobre la naturaleza del bien o de la forma en cómo este puede ser conocido. Sería una tesis que sostiene que los bienes o dimensiones de la vida humana pueden ser determinados independientemente de las apreciaciones subjetivas de las personas, lo que también se conoce con el término (que se opta por usar en esta investigación) de la tesis del objetivismo moral. El segundo concepto de perfeccionismo sería aquel que lo considera como un tipo de intervención sobre las personas por su propio bien. La “diferencia” (sutil) que tendría con el paternalismo es que el objetivo del perfeccionismo sería el de maximizar ciertos bienes individuales, inspirados en una concepción de excelencia humana. Este segundo sentido de perfeccionismo sería el relevante para la presente investigación.
- La controversia sobre el concepto del paternalismo todavía se encuentra vigente. Son varias las razones por las cuales esta disputa no ha llegado a una solución definitiva. Una de las primeras razones de dicha controversia es que las personas siguen usando el término de forma negativa. Tampoco existe un consenso alrededor de esta definición porque no existen acuerdos sobre otros términos relacionados y también controvertidos, como los de *autonomía*, *bienestar*, *bienestar* o *libertad*. Otra razón se derivaría de las anteriores. El paternalismo es un concepto controvertido, porque dependiendo de la forma en cómo se interpreten sus componentes, del contexto de uso (o de la posición ideológica de los interlocutores que discuten estos asuntos) existirán varias definiciones, y a raíz de ello se tendrían diversos grados de justificación. Una última razón del desacuerdo sobre el paternalismo se encuentra en la divergencia que el término puede tener dependiendo de si se origina o emplea en el espacio público-popular del académico.
- A fin de evitar estos problemas, es necesario apelar a una definición que carezca de aquellas formulaciones normativas y/o valorativas que impidan una discusión ordenada e incluya ideas de sentido común. Se trata entonces de estar de acuerdo e identificar en que existe una relación social concreta (una relación paternalista) sin preguntarse si es correcta; y luego, en lo que sería un ejercicio evaluativo, determinar su validez, justificación, legitimidad o corrección (como prefiera decirse) en casos concretos.
- Existirían dos (02) enfoques útiles para definir el paternalismo. El primero sería el basado en valores en pugna y el segundo sería el enfoque normativamente cargado.
- El primer enfoque a considerar sugiere que a la hora de crear una definición de un asunto controvertido se considere de forma objetiva los valores o aspectos involucrados en la discusión. Dado que el paternalismo es una intervención problemática la idea es encontrar una definición que reconozca y capture todos los bienes en colisión. Habría dos (02) problemas con esta propuesta. El primero es que plantear la definición en términos de los valores en pugna aumenta los problemas separación entre los aspectos conceptuales de los aspectos de justificación. El segundo problema, es que se incrementan las dificultades para establecer una definición precisa, ya que conceptos como “autonomía” o “libertad” también son difíciles de especificar.
- Según el segundo enfoque, habría dos (02) formas de entender un concepto normativo. Según la primera, un concepto puede ser cargado normativamente en tanto, sea lo que sea que calce dentro del concepto analizado, provoca una reacción a favor o en contra de hacer u omitir algo, introduciendo un calificativo valorativo

sobre el acto en sí. El asesinato y el terrorismo serían ejemplos distintos de conceptos elaborados desde esta primera forma. El problema de este enfoque es que ya quedó establecido que el paternalismo posee ciertos espacios de legitimidad, compatibles dentro del enfoque y por referentes antecedentes (como las propuestas de Mill y Rawls).

- Según la segunda forma, un concepto puede ser normativamente importante en tanto, sea lo que sea que calce dentro del concepto, afecte en algún grado lo que deba hacerse o no. En este caso, no se requiere que el concepto sea determinado en términos valorativos en el primer sentido, dado que lo que deba hacerse o no está condicionado por las circunstancias específicas del caso. Este sería el enfoque adecuado para elaborar una definición de paternalismo en salud incluyendo los elementos conceptuales del enfoque.
- Una primera pauta adicional e importante a la hora de establecer la definición es diferenciar aquellos componentes descriptivos de los normativos, siendo estos últimos hallados en el empleo de términos como “bien”, “daño”, “indebido”, “injustificado” “malo” o “incorrecto”, etc. Una segunda pauta es que la definición de paternalismo debe mirarse a la luz de la analogía de la relación paterno-filial dado que es sobre esta relación sobre la que se construye el concepto, tanto en el lenguaje popular como académico.
- Otro tercer punto de partida previo al desarrollo de una definición de paternalismo es determinando bajo qué hecho humano se realiza una intervención de esta naturaleza. los actos paternalistas necesariamente implican el abordaje de una conducta (que incluiría a las preferencias y las elecciones previas a su realización) de algún individuo por su propio bien. Esto puede ser descompuesto en dos rasgos. En primer lugar, que los actos a abordar son auto-referentes, es decir, actos realizados (por acción u omisión) por un individuo que tienen impacto sobre sí mismo, un impacto sobre su propio bien. En segundo lugar, segundo lugar, los actos de los beneficiarios que el sujeto paternalista trata de abordar pueden ser tanto voluntarios como involuntarios.
- Una cuarta pauta parte de la premisa de que no necesariamente el sujeto paternalista interviene sobre otro bajo la creencia que este posee un déficit en su capacidad de auto-regulación (autonomía). En muchos casos es posible que la intervención se haga desconociendo los verdaderos (o todos los) factores de conversión que explican la conducta auto-lesiva del individuo. Una quinta pauta exigiría que la definición incluya la importante distinción entre el nivel individual y social, rasgos claves para entender una intervención médica de una en salud pública.
- Un punto final, el sexto, a considerar es la cuestión de los riesgos e incertidumbres alrededor de las conductas auto-lesivas de las personas que se encontrarían bajo una relación paternalista. Sucede que el paternalismo no solo aborda actos auto-referentes que tengan un efecto inmediato o evidente, sino que también aborda actos que pueden generar ciertos efectos, ya sea porque son probables (frecuentes) o porque se cree plausiblemente que estos efectos puedan desencadenarse.
- En ese sentido, y considerando los elementos del enfoque de capacidad, esta sería la definición de paternalismo en salud que emergería:

El sujeto “A” (el paternalista) ejerce paternalismo en salud sobre “B” (el beneficiario):

- o Cuando se ejecutan (o puedan ejecutar), a través de la conducta auto-referente de “B”, ciertos funcionamientos en salud inadecuados o deficientes.

- Siendo que las conductas que definen el funcionamiento en salud de “B” son por acción u omisión; voluntarias o involuntarias.
  - Con el objetivo que el sujeto “B” logre (o pueda lograr) ciertos funcionamientos en salud, presuntamente mejores que los realizados en caso no existiera la intervención paternalista.
  - Cuando el sujeto “A” cree que el sujeto “B” no está llevando (o no llevará) a cabo actos que logren mejores funcionamientos en salud, independientemente de si el sujeto “A” tiene conocimiento de la existencia e influencia de factores de conversión personales o de otra clase que puedan explicar el funcionamiento deficiente o inadecuado de “B”.
  - Siendo que el sujeto “B” es una persona o una población de individuos.
- En esta investigación se emplea una propuesta parcialmente normativa-objetiva de la salud, que se ubicaría casi a medio camino entre la propuesta restrictiva y sumamente amplia de la salud, o en otros términos, considerando los aspectos valiosos de las propuestas naturalistas y no-naturalistas de la salud. Dicha propuesta emerge de la interacción (o composición) de dos (02) concepciones de la salud: la elaborada por Lennart Nordenfelt que define la salud en términos amplios y asociados a la agencia individual; y la propuesta con algunos rasgos clásicos de Norman Daniels para definir lo que debe entenderse por patología. De esta forma, por un lado, se evita conceptualizar la salud en términos de su complemento dual, dado que la salud no es únicamente la ausencia de enfermedad-patología. Y también se ofrece una definición amplia que debería abarcar el concepto de patología, en tanto implica un estado de afectación a la salud.
  - En ese sentido, la salud será definida en primer lugar y en términos generales como la habilidad de una persona para alcanzar (lograr) o ejercer un conjunto de actividades básicas o metas vitales. La habilidad en cuestión presupone tres (03) elementos: la existencia de un agente, la meta para la acción y las circunstancias sobre las que la persona persigue sus metas o realiza sus acciones.
  - La definición de salud ofrecida posee algunas ventajas. En primer lugar, representa adecuadamente la salud, en tanto constituye una dimensión del bienestar clave respecto de otras dimensiones (p.e. religiosidad, ocio, trabajo, etc.). En segundo lugar, la definición es deducible de la disposición establecida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), además de no parecer necesariamente incompatible con la definición de salud establecida en la Constitución de la OMS (1946). En tercer lugar, no parece que tampoco excluya todas las otras propuestas naturalistas o biológicas, como aquella que la entiende como un equilibrio u homeostasis. En cuarto lugar, representar la salud de dicha manera permite además conectarla con el valor de la agencia/autonomía individual, clave para el enfoque y para el estudio del paternalismo en salud, ya que la coloca en el lugar privilegiado al entender y evaluar la salud. En quinto lugar y último lugar, y también relevante para el estudio desde el EC, al asociar la salud con una pluralidad de metas vitales (p.e. capacidades centrales empleando los términos de Nussbaum; o dimensiones del bienestar en general), se establece de forma mucho más sistémica su inclusión como componente central del bien humano, y qué duda cabe como una representación compatible con el enfoque.
  - No obstante las ventajas de la representación de la salud ofrecida atrás, esta no captura de forma algo más precisa la cuestión de qué debería comprender la salud. Ello es más palpable además cuando se toma consciencia de las condiciones de salud abordadas hoy en día por la práctica sanitaria, bastante enfocada en las enfermedades, lesiones, síndromes, etc., que son definidas en términos descriptivos.

- En ese sentido, y para lograr algo ligeramente más operativo, la segunda propuesta a considerar será la de “patología”, elaborada por Norman Daniels. Una patología sería “cualquier desviación de la organización funcional natural del miembro típico de una especie”, la cual se daría en diversos niveles escalares del ser humano, como el celular, orgánico, supersistémico o individual. Daniels elabora una definición de salud que evoca a su complemento dual, el de patología, así como apelar a un criterio descriptivo (función de especie) para darle contenido. Pero no obstante la divergencia mostrada, ciertos aspectos importantes de cada propuesta pueden de hecho complementarse y coexistir, si es que se realizan ajustes importantes como por ejemplo, no considerar la definición de Daniels para representar a la salud, pero sí tomar en consideración su definición de patología como un componente de la elaborada por Nordenfelt.
- Son dos (02) las concepciones principales que han emergido desde el enfoque para el campo de la salud. La primera, elaborada por Jennifer Ruger, sostiene que la capacidad en salud puede ser entendida específicamente como la habilidad del individuo para perseguir metas vinculadas sobre la propia salud, así como el desarrollo de ciertos funcionamientos en salud específicos. Asimismo y según esta concepción, esta capacidad estaría compuesta por la agencia en salud como por funcionamientos en salud. La capacidad en salud también implica, siguiendo las categorías de Nussbaum, la existencia de capacidades centrales y no centrales en salud. El modelo conceptual ofrecido por Ruger sugiere que la capacidad en salud resulta de la combinación de las condiciones individuales, sociales y ambientales.
- Según la segunda concepción de la capacidad en salud, la elaborada por Sridhar Venkatapuram, esta puede ser entendida como la habilidad para lograr un cúmulo básico de estados (*beings*) y procesos (*doings*), o teniendo la capacidad global de lograr un conjunto de capacidades y funcionamientos vitales interrelacionados, cada una a un nivel que constituye una vida valiosa conforme a la igual dignidad humana.
- Las relaciones de ambas propuestas con la definición de salud ofrecida en el apartado anterior son palpables. Ambas son compatibles con la propuesta sugerida por Nordenfelt, de vincular la salud con la existencia de una habilidad para lograr las bases mínimas para el florecimiento humano. De hecho, la noción de agencia (elemento constitutivo del enfoque) sería un componente sumamente clave. Asimismo, al tener vinculaciones con la alternativa ofrecida por Nordenfelt, y siendo esta pasible de incorporar las nociones más restrictivas de la salud humana, nada impide que las nociones de enfermedad, patología, morbilidad y muerte puedan ser incorporadas, como de hecho reconocer Ruger. Finalmente, la introducción de los funcionamientos, como un elemento independiente e intrínsecamente valioso dentro de estas concepciones abre las puertas al paternalismo en salud.
- El paternalismo en salud sería relevante en esta discusión puesto que este siempre presupondría una intervención que tendría como objetivo que las personas alcancen ciertos funcionamientos en salud por su propio bien ante sus conductas perjudiciales (auto-lesivas), descartando la expansión de las capacidades y desplazando el papel valioso de la agencia (autonomía o razón práctica) de los individuos. Este sería el marco conflictivo del paternalismo: el logro de ciertos funcionamientos en salud versus el conjunto capacidad y la agencia/autonomía de los beneficiarios.
- El enfoque puede emerger como un marco normativo que establezca ciertos principios que sean relevantes para guiar la toma de decisiones sobre cómo elaborar o justificar medidas paternalistas. Esto no implica el establecimiento de criterios precisos, inflexibles e inderrotables para abordar estas cuestiones en todos los

casos. Los principios tienen la función de informar y dirigir el razonamiento normativo hacia una pluralidad de soluciones, sin decantarse necesariamente hacia una en particular. Esto se debe a que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades institucionales (p.e., como los límites legales) y fácticos (p.e., la auto-regulación de las personas). El nivel de los principios tiene la virtud adicional de ser el espacio normativo adecuado para desarrollar espacios de deliberación pública, cuestión sumamente valorada por el enfoque. Asimismo, debido a que los principios concurren en un caso concreto y pueden ser realizados en diversos grados, las posibilidades de justificación de una medida paternalista se incrementarían si es que estos principios son satisfechos en mayor medida. Finalmente, los principios derivados a partir del enfoque pueden concurrir con otros, provenientes de otros marcos normativos, para determinar la validez de una medida paternalista, siempre cuando también no contradigan al enfoque.

- Al ser los principios normas que pueden cumplirse en grados, es razonable partir de la premisa que las pautas a ser ofrecidas al final de este capítulo deben verse como una especie de evaluación multi-criterio de escala móvil. Es decir, que de los principios se derivan exigencias algo determinadas o buenos puntos de partida referenciales y evaluativos para abordar casos concretos. Pero al ser dentro de una escala móvil, estos pueden ser satisfechos en menor medida siempre y cuando no afecten de forma intolerable a las otras pautas derivadas también de los diversos principios. De esta forma, se aprecia también la posibilidad de concurrencia y no anulación de varios principios o criterios en un mismo caso.
- De esta forma, se podría establecer cuáles atributos deben tender a poseer toda intervención paternalista en salud para incrementar sus posibilidades de ser compatible con dicho enfoque. Son cinco (05) las tesis normativas que pueden ser extraídas desde el EC que sean de ayuda para determinar cuándo una intervención paternalista podría ser justificada.
- La primera tesis proviene de la diferenciación establecida por el enfoque entre lo que se denominó atrás como capacidades y funcionamientos. Aquí se la denominará como el *principio de prioridad de capacidades*. Según este principio, la finalidad política del desarrollo y la justicia social “debe ser la capacidad y no el funcionamiento”, dado que esta es la forma más adecuada de mostrar la “preocupación esencial” sobre la capacidad para que las personas lleven el tipo de vida que tienen razones para valorar, es decir, que las personas tengan la oportunidad de elegir.
- De acuerdo a este principio, y aplicado a la cuestión del paternalismo, las intervenciones paternalistas son compatibles con el enfoque de capacidades si estas no imponen elevados costos o grandes restricciones a las opciones que podrían escoger los individuos; o imponen costos triviales, sean los beneficiarios o terceros también impactados por esta clase de intervenciones. Es decir, siguiendo la clasificación de intervenciones paternalistas en la literatura especializada, estas medidas deberían necesariamente tender en ser débiles y no fuertes para ser compatibles con el enfoque. Asimismo, una aplicación de este principio es que el enfoque abrazaría una tesis pro-paternalista débil. Según esta, existen espacios de legitimidad para estas medidas, pero debe colocarse una sospecha y/o presunción en contra y/o valla y/o una mayor carga de argumentación para que pueda ser justificada, dada la amenaza que implica para las capacidades, agencia y autonomía del individuo.

- Derivada del anterior principio, la segunda tesis normativa relevante para la discusión del paternalismo que emergería del EC sería aquella que otorga una importancia vital a la agencia individual. Aquí se denominará el *principio de agencia*. El principio de agencia aplicado a salud, exige que la sociedad coloque las condiciones para que las personas puedan realizar en la mayor medida posible juicios informados y tomen las acciones que estimen conveniente para transformar sus actos en funcionamientos en salud valiosos que tienen razones para valorar.
- El principio de agencia debería ser desplazado (o debilitado un poco) a favor del paternalismo, en tanto uno puede afirmar, siguiendo la definición empleada, que la persona a ser beneficiaria no está llevando a cabo (o no llevará) conductas que logren mejores funcionamientos en salud. La persona no es plenamente competente para realizar la conducta a ser abordada, lo cual abriría una puerta para las intervenciones paternalistas, bajo la tesis del paternalismo blando. Es decir, el principio de agencia exige que una medida paternalista concreta podría ser justificada siempre y cuando se considere en todos los casos, demostrar que los beneficiarios de la intervención se encuentran limitados (internamente) para tomar decisiones y realizar conductas que los puedan beneficiar. Esta tesis, la del paternalismo blando, sugiere que desde el EC es posible encontrar espacios concretos de aplicación legítima de medidas paternalistas, siempre y cuando el principio de agencia sea desplazado o pierda cierto alcance justificadamente debido a la falla de auto-regulación del beneficiario.
- El principio de agencia también tendría una lectura a contrario, abrazando una tesis anti-paternalista dura. De esta forma el enfoque estaría en contra de aquella tesis que sostiene que el paternalista (el Estado o un privado) puede realizar intervenciones justificadas sobre las personas pese a que sus preferencias o conductas auto-referentes son plenamente voluntarias. Pero de aquí se deriva otro asunto importante, la tesis dura también debe ser rechazada desde el EC porque de admitirla se podría llegar a imputar a los beneficiarios como culpables o responsables de su situación de salud. Esto iría contra la idea, derivada del enfoque de que la responsabilidad individual debe ser evaluada o determinada en función a las capacidades de las personas, y no independientemente de ellas.
- El paternalismo duro tendría un parecido a los modelos clásicos de la salud en materia de promoción y prevención de la enfermedad; o en el modelo paternalista clásico de la medicina en el siglo pasado, que ignoraba la importancia de considerar la agencia individual. Y el problema que subyace en estos modelos es que puede presumir que los individuos tienen un entero control sobre sus propias decisiones, y que por lo tanto, cualquier conducta que genere un daño a la salud los transforman en culpables de su situación, y por añadidura, en personas no autorizadas para regular su propias vidas. Todo ello otorgaría una cierta licencia para descuidar la necesidad de intervenir sobre las desigualdades económicas, la autonomía individual, las diferencias culturales y políticas de dichos grupos; así como el medio ambiente, que podrían ser en realidad factores sumamente relevantes para explicar la situación de salud. Un mal diagnóstico que llevaría a terapias inadecuadas o inexistentes.
- Un principio, el tercero, que podría derivarse del principio de prioridad de capacidades y de agencia, útil para profundizar en la tesis blanda desde el enfoque, sería aquella posición del enfoque que sostiene que debe considerarse la heterogeneidad de los seres humanos. Esta tesis, que podría ser denominada como el *principio del respeto a la heterogeneidad humana* sostiene que es central para el enfoque tener en cuenta la diversidad de características internas de los seres humanos (p.e., edad, actitud mental, etc.), las cuales deben informar en el proceso evaluativo de alternativas.

- La tesis de la heterogeneidad es útil para la discusión del paternalismo ya que incluye una exigencia adicional al determinar la incompetencia o falla de agencia (o de auto-regulación) que un individuo (campo médico) o proporción de una población (salud pública) debe poseer para que la medida paternalista en salud pueda ser compatible con el enfoque. La idea detrás es, que ahí donde sea posible, se agrupe todos aquellos factores internos (es decir, aquellos inherentes al sujeto) que impidan a una persona tomar una decisión autónoma, y no en función a la persona en su totalidad. De esta forma, entonces, dado que la idea de competencia está asociada al sujeto, pero en función a sus habilidades y circunstancias concretas, podría definirse la competencia de una persona como su habilidad para realizar una tarea concreta en un momento dado. Es efectivamente en relación con una *tarea específica* de manera que pueda sostenerse (nuevamente, ahí donde sea posible) que un individuo es competente en algunos casos y en otros no; y es en un *momento* dado porque una persona pueda ser incompetente en ciertos instantes, pero no en otros.
- Un aspecto relevante para la discusión sobre el paternalismo que puede emerger alrededor del principio de agencia es que existan intervenciones que puedan ser de hecho compatibles con los fines trazados por los mismos beneficiarios, siendo en ese caso que la intervención solo ofrecería los medios para alcanzarlos; mientras que otras intervenciones significan el establecimiento de fines, que contradicen en parte las valoraciones de los sujetos intervenidos. Esto lleva a la cuestión de la distinción entre el *paternalismo de medios* y el *paternalismo de fines*.
- Una intervención paternalista en salud no necesita ser de medios para ser compatible con el EC, en el caso de adultos. Es perfectamente posible que un individuo o una población se encuentren en contra de una intervención paternalista, y no por ello una intervención por su propia salud atentaría contra el EC. Esto se debe a que las personas pueden ser incompetentes con relación a una conducta específica, y debido a ello, pueden no valorar adecuadamente su salud. Por ello, aquí se sostendrá desde el EC es importante y necesario considerar las preferencias, deseos, fines (o en clave del EC) o funcionamientos optados por los beneficiarios, pero de aquí no se sigue que siempre deba ser así.
- El cuarto principio es el *principio de umbral mínimo de protección de capacidad*. Este principio establece que las personas se encuentren situados por encima de un umbral de capacidad en todas y cada una de las dimensiones del bienestar consideradas como relevantes. Sería una especie de mínimo de protección, debajo del cual la dignidad humana estaría injustificada e intolerantemente comprometida. Debajo del umbral, las personas no funcionarían de forma genuinamente humana.
- Según el principio de umbral, es razonable que los funcionamientos en salud que se busquen asegurar a las personas frente a sus actos auto-lesivos sean de tal importancia que comprometan su dignidad de forma seria, al menos claramente en el caso de adultos. Las medidas paternalistas en salud son bastante más compatibles con el EC si protegen a las personas de funcionamientos en salud deficientes graves y/o irreversibles para la capacidad en salud del beneficiario.
- La última tesis es el *principio de deliberación* que sostiene que las intervenciones paternalistas en salud deben ser sometidas a deliberación, siempre que esta sea posible y necesaria. Esto es así porque en muchos casos el paternalismo, en especial cuando se trata de medidas en el ámbito médico o donde la relación humana es diádica, el caso no es para nada controvertido y se presupone cierta autorización al paternalista que no deberían exigir siempre dicho sometimiento. En otros casos, en especial aquellos casos donde las intervenciones son configuradas como políticas

sanitarias, es necesario introducir el valor de la democracia, o el gobierno por discusión como un requisito necesario para determinar la compatibilidad de la medida con el enfoque.

- Vistos todos los principios que pueden derivarse de las principales tesis del EC para atender a la cuestión de la justificación del paternalismo, la relación de pautas derivadas del EC sería la siguiente: Una intervención paternalista en salud llevada a cabo por un sujeto "A" es compatible con el enfoque de capacidades si:
  1. Es sometida a una presunción en contra, barrera más elevada y/o carga de argumentación adicional (pro-paternalismo débil).
  2. Restringe en menor grado el conjunto capacidad del sujeto "B" u otros sujetos no beneficiarios (paternalismo débil).
  3. En tanto sea posible y necesario, demuestra que el sujeto "B" posee limitaciones internas de auto-regulación que impiden ejercer su agencia para llevar o dejar de llevar conductas que le provoquen funcionamientos deficientes. La determinación de la ausencia o falla de auto-regulación debe ser especificada lo más posible a una tarea y momento concreto, con mayor razón si se trata de un adulto (paternalismo blando).
  4. Quien interviene toma en cuenta necesariamente otras alternativas para abordar integralmente el funcionamiento en salud deficiente producido en parte por la conducta auto-lesiva de "B", a través de intervenciones sobre los distintos factores de conversión que expliquen el problema de salud (anti-paternalismo duro).
  5. Tiende a obtener, en tanto sea posible, los funcionamientos en salud preferidos por el sujeto "B" (paternalismo de medios).
  6. Las conductas auto-lesivas, de mantenerse, puedan (y tiendan a) afectar de forma grave y/o irreversible la capacidad en salud del sujeto "B" (paternalismo básico o central o no perfeccionista).
  7. Siempre que sea posible, es sometida a deliberación. Si se trata de una política sanitaria, esta deberá ser estar legitimada lo más posible por un órgano colegiado y elegido democráticamente. Asimismo, deberá haber permitido, en alguna instancia o etapa del proceso de toma de decisión, la posición de representantes no institucionales del sujeto "B" y de otros afectados (gobierno no paternalista).

## BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, Thomas y FROHLICH, Katherine L.  
2012 "Capitals and capabilities: Linking structure and agency to reduce health inequalities". En: Social Science & Medicine, Vol. 74.
- AGGARWAL, Ajay, DAVIES, Joanna y SULLIVAN, Richard  
2014 "Nudge in the clinical consultation – an acceptable form of medical paternalism?" En: BMC Medical Ethics, 15:31
- ALEMANY, Macario  
2003 "Las estrategias de la benevolencia (Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética)". En Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 26.  
2005a El concepto y la justificación del paternalismo. Tesis de doctorado en Derecho. Alicante: Universidad de Alicante, Facultad de Derecho.  
2005b "El concepto y la justificación del paternalismo". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28.  
2011 "El paternalismo médico". En: GASCÓN, Marina, GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Carmen y CANTERO, Josefa. Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones Actuales. Valencia: Tirant lo blanch.  
2014 "Las fronteras de la autonomía en el ámbito clínico: el caso de los 'Wannabe'". En: AFDUAM, 18.
- ALEXY, Robert  
1988 "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 5.  
2012 [1986] Teoría de los derechos fundamentales. Segunda reimpresión. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALKIRE, Sabina  
2007 "Choosing dimensions: the capability approach and multidimensional poverty". En: CPRC Working Paper 88. Oxford: OPHI.  
2008 "Using the Capability Approach: Prospective and Evaluative Analyses," En: COMIN, Flavio y QIZILBASH, Mozaffar (Eds.). The Capability Approach: Concepts, Measures and Applications. Cambridge: Cambridge University Press.
- ALKIRE, Sabina y DENEULIN, Séverine.  
2000 Individual Motivation, its Nature, Determinants and Consequences for within Group Behaviour. The United Nations University. World Institute for Development Economics Research.
- ANAND, Paul  
2005 "Capabilities and health". En: Journal of Medical Ethics, Vol. 31, Issue 5.
- ARNESON, Richard  
2000 "Perfectionism and politics". En: Ethics, Vol. 111, N° 1.
- ATIENZA, Manuel  
1988 "Discutamos sobre paternalismo". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 5.

- 2010 [2004] Bioética, Derecho y argumentación. Segunda edición ampliada. Lima – Bogotá: Palestra – TEMIS.
- BAYNE, Tim y LEVY, Neil.  
2005 “Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation”. En: Journal Of Applied Philosophy, Vol. 22, Issue N° 1.
- BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James  
2013 [2009] “Principles of Biomedical Ethics. Sétima Edición. New York: Oxford University Press.
- BENTHAM, Jeremy  
1973 [1781] The principles of morals and legislation. New York: Hafner.
- BERLIN, Isaiah  
1998 [1969] Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid: Alianza Editorial.
- BOORSE, Christopher  
1975 “On the Distinction between Disease and Illness”. En: Philosophy & Public Affairs, Vol. 5, N° 1.  
1977 “Health as a Theoretical Concept”. En: Philosophy of Science, Vol. 44, N° 4.
- BROCK, Dan  
2000 [1993] “Medidas de la calidad de vida en el cuidado de la salud y la ética médica”. En: NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (Comps.). La calidad de vida. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- BUCHANAN, Allen  
1978 “Medical Paternalism”. En: Philosophy & Public Affairs, Vol. 7, N° 4.  
1983 “Medical Paternalism”. En: SARTORIUS, Rolf (Ed.). Paternalism. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- BUCKI, Barbara  
2014 “Health capability: An attempt to clarify an alternative approach for health sociology”. En: Scientific Annals of the “Alexandru Ioan Cuza” University. Sociology and Social Work Section, Vol. 7, Issue 1.
- BUNGE, Mario  
2004 [2003] Emergencia y convergencia. Novedad cualitativa y unidad del conocimiento. Barcelona: Gedisa.  
2008 [2006] A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo. Barcelona: Gedisa.  
2012 Filosofía para médicos. Barcelona: Gedisa.
- BLUMENTHAL, Jeremy  
2007 “Emotional paternalism”. En: Florida State University Law Review, Vol. 35.  
2013 “A psychological defense of paternalism”. En: COONS, Christian y WEBER, Michael (Ed.). Paternalism. Theory and Practice. New York: Cambridge University Press.

- BLUMENTHAL-BARBY, J. S. y BURROUGHS, Hadley  
2012 "Seeking Better Health Care Outcomes: The Ethics of Using Nudge".  
En: The American Journal of Bioethics, 12:2.
- BUCHANAN, David  
2008 "Autonomy, Paternalism, and Justice: Ethical Priorities in Public  
Health". En: American Journal of Public Health, Vol. 98, N° 1.
- BURROWS, Paul  
1993 "Patronising Paternalism". En: Oxford Economic Papers, New Series,  
Vol. 45, N° 4.
- CAMERER, Colin; ISSACHAROFF, Samuel; LOEWENSTEIN, George; O' DONOGHUE,  
Ted y RABIN, Matthew  
2003 "Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for  
asymmetric paternalism". En: University of Pennsylvania Law Review,  
Vol. 151. N° 3.
- CAMPS, Victoria  
1988a "Paternalismo y bien común". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del  
Derecho, 5.  
1988b "Sigamos discutiendo". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,  
5.
- CARTER, Ian  
2014 "Is The Capability Approach Paternalist?" En: Economics and  
Philosophy, Vol. 30, Special Issue N° 1.
- CASTRO, Arachu y FARMER, Paul  
2003 "El Sida y la violencia estructural: La culpabilización de la víctima". En:  
Cuadernos de Antropología Social, N° 17.
- CASTRO, Roberto  
2013 "De cómo la sociología construye sus objetos: el carácter problemático  
de los 'Determinantes' sociales de la salud-enfermedad". En Ideas 6  
(nueva serie).
- Centro Latinoamericano de Perinatología (CLAP), Organización Panamericana de la Salud  
(OPS) y Organización Mundial de la Salud (OMS)  
2001 "Tenemos un reto. Afrontemoslo". En: Salud Perinatal. Vol.4, N° 19.
- CHRISTAKIS, Nicholas y FOWLER, James  
2007 "The Spread of Obesity in a Large Social Network over 32 Years". En:  
The New England Journal of Medicine, 357; 4.  
2010 Conectados. El sorprendente poder de las redes sociales y cómo nos  
afectan. Madrid: Taurus.
- CLAASSEN, Rutger  
2014 "Capability Paternalism". En: Economics and Philosophy, 30.
- CONLY, Sarah  
2013 Against autonomy. Justifying Coercive Paternalism. Cambridge:  
Cambridge University Press.

- CORNEJO, Leandro  
2016 Paternalismo y protección de la salud: el paternalismo en salud pública. Tesis para optar por el grado académico de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2017 "John Stuart Mill y la cuestión del paternalismo". En: Derecho & Sociedad, N° 48.
- DANIELS, Norman  
2008 Just Health. Meeting Health Needs Fairly. New York: Cambridge University Press.
- DE LORA, Pablo  
2008 "Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces". En: Enrahonar, 40/41.
- DE LORA, Pablo y GASCÓN, Marina  
2008 Bioética. Principios, desafíos, debates. Madrid: Alianza Editorial.
- DENEULIN, Séverine  
2002 "Perfectionism, Paternalism and Liberalism in Sen and Nussbaum's Capability Approach". En: Review of Political Economy, Vol. 14, N° 4.
- DIETERLEN, Paulette  
1988 "Paternalismo y estado de bienestar". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 5.
- DWORKIN, Gerald  
1983a [1971] "Paternalism". En: SARTORIUS, Rolf (Ed.). Paternalism. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- 1983b "Paternalism: Some Second Thoughts". En: SARTORIUS, Rolf (Ed.). Paternalism. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- 1997 [1988] The Theory and Practice of Autonomy. New York: Cambridge University Press.
- 2005 "Moral Paternalism". En: Law and Philosophy, Vol. 24. N° 3.
- 2013 "Defining paternalism". En: COONS, Christian y WEBER, Michael (Ed.). Paternalism. Theory and Practice. New York: Cambridge University Press.
- DWORKIN, Ronald  
2012 [1977] Los derechos en serio. Barcelona: Ariel.
- ESPINOLA-NADURILLE, Mariana; SANCHEZ-BARROSO, José Antonio; PÁEZ-MORENO, Ricardo; SÁNCHEZ-GUZMÁN, María Alejandra y RAMÍREZ-BERMÚDEZ, Jesús  
2014 "Falta de sentido de vida y suicidio: ¿En qué circunstancias el paternalismo médico puede estar justificado?" En: Acta Bioethica, 20, 1.
- FASSIN, Didier  
2004 "Entre las políticas de lo viviente y las políticas de la vida". En: Revista Colombiana de Antropología, Vol 40, enero-diciembre.
- FEINBERG, Joel  
1983 [1971] "Legal Paternalism". En: SARTORIUS, Rolf (Ed.). Paternalism. Minneapolis: University of Minnesota Press.

- 1985 Offense to Others (The Moral Limits of the Criminal Law). New York: Oxford University Press.
- 1986 Harm to self (The Moral Limits of the Criminal Law). New York: Oxford University Press.
- FINNIS, John  
2011 Natural Law & Natural Rights. Segunda Edición. Oxford: Oxford University Press.
- FOTION, Nicholas  
1979 "Paternalism". En: Ethics, Vol. 89, N° 2.
- FRENK, Julio  
2013 [1994] La salud de la población. Hacia una nueva salud pública. Tercera edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- FRIEDMAN, David  
2014 "Public Health Regulation and the Limits of Paternalism". En: Connecticut Law Review, Vol. 46, N° 5.
- GARZÓN, Ernesto  
1988 "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 5.  
1994 "Desde la 'modesta propuesta' d J. Swift hasta las casas de engorde' (Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños). En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 15-16.
- GASCÓN, Marina  
2006-2007 "Puede el Estado tomar medidas paternalistas en el ámbito de la protección de la salud". En: Parlamento y Constitución, N° 10.
- GASCÓN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso  
2003 La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra.
- GERT, Bernard, CULVER, Charles y CLOUSER, Danner  
1997 Bioethics. A Return to Fundamentals. New York: Oxford University Press.
- GOFFMAN, Erving  
1963 Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity. Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
- GOLDSTEEN, Raymond, GOLDSTEEN, Karen y DWELLE, Terry  
2015 Introduction to public health. Promises and practices. New York: Springer.
- GONZÁLEZ, Mónica  
2006 "Paternalismo jurídico y derechos del niño". En: Isonomía, N° 25.
- GOSTIN, Lawrence  
2002 Public Health Law and Ethics. A Reader. University of California Press & The Milbank Memorial Fund.  
2007 "General justifications for public health regulation". En: Public Health, 121.

- GOSTIN, Lawrence y GOSTIN, Kieran  
2009 "A broader liberty: J.S. Mill, paternalism and the public's health". En: Public Health, 123.
- GOSTIN, Lawrence y POWERS, Madison  
2015 "What Does Social Justice Require For The Public's Health? Public Health Ethics And Policy Imperatives". En: Health Affairs, Vol. 25, N° 4.
- GRILL, Kate  
2013 "Paternalism and libertarian paternalism". En: STRECH, Daniel, HIRSCHBERG, Irene y MARCKMANN, Georg (Eds.). Ethics in Public Health and Health Policy. Dordrecht: Springer.
- GRÜNE-YANOFF, Till  
2012 "Old wine in new casks: libertarian paternalism still violates liberal principles". En: Social Choice and Welfare, Vol. 38, Issue 4.
- GUISÁN, Esperanza.  
2000 "El utilitarismo". En: Historia de la Ética. Barcelona: Crítica.
- GUTMANN, Amy  
1980 "Paternalism, and Education: A Liberal Argument". En: Philosophy & Public Affairs, Vol. 9, N° 4.
- GUTMANN, Amy y THOMPSON, Dennis  
1997 [1996] Democracy and Disagreement. Segunda impresión. Cambridge: Harvard University Press.
- HADGU, A.; KOCH, G y WESTROM L.  
1997 "Analysis of Ectopic Pregnancy Data Using Marginal and Conditional Models". En: Statistics in Medicine, Vol. 16.
- HAKSAR, Vinit  
1979 Equality, Liberty, and Perfectionism. New York: Oxford University Press.
- HALL, P.A.; TAYLOR, R.C.R.; BARNES, L.  
2013 "A capabilities approach to population health and public policy-making". En: Revue d'Épidémiologie et de Santé Publique, Vol. 61, Sup. 3.
- HART, Herbert  
2006 [1963] Derecho, libertad y moralidad. Madrid: Dykinson.  
2008 [1970] Punishment and Responsibility. New York: Oxford University Press.
- HAUSMAN, Daniel Y MCPHERSON, Michael  
2007 [1996] El análisis económico y la filosofía moral. México D.F.: Fondo de Cultura Económica – Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- HAYS, Sharon  
1994 "Structure and agency and the sticky problem of culture". En: Sociological Theory, Vol. 12, N° 1.

- JOVER, José  
2006 “Salud pública y servicios de salud pública”. En: GARCÍA, José y ROYO, Miguel Ángel (Eds.) Salud pública y epidemiología. Madrid: Díaz de Santos.
- KELLY, Jamie  
2013 “Libertarian paternalism, utilitarianism and justice”. En: COONS, Christian y WEBER, Michael (Ed.). Paternalism. Theory and Practice. New York: Cambridge University Press.
- KYMLICKA, Will  
2010 [1995] Ciudadanía multicultural. Sexta impresión. Barcelona: Paidós.
- LECHUGA, Julia; SWAIN, Geoffrey R. y WEINHARDT, Lance S.  
2011 “Impact of Framing on Intentions to Vaccinate Daughters against HPV: A Cross-Cultural Perspective”. En: Annals of Behavioral Medicine, 42.
- LE GRAND, Julian y New, Bill  
2015 Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend? Princeton: Princeton University Press.
- LEÓN, Miguel  
2013 “El paternalismo jurídico: El caso de la comida chatarra”. En: Gaceta Constitucional, N° 66.
- LOEWENSTEIN, George; BRENNAN, Troyen y VOLPP, Kevin  
2007 “Asymmetric Paternalism to Improve Health Behaviors”. En: The Journal of American Medical Association (JAMA), Vol. 298, N° 20.
- MARINER, Wendy  
2014 “Paternalism, Public Health, and Behavioral Economics: A Problematic Combination”. En: Connecticut Law Review, Vol. 46, N° 5.
- MABSOUT, Ramzi  
2011 “Capability and Health Functioning in Ethiopian Households”. En: Social Indicators Research, Vol. 101, Issue 3.
- MASON, Thaddeus  
2005 “Is Public Health Paternalism Really Never Justified? A Response to Joel Feinberg”. En: Oklahoma City University Law Review, Vol. 30.
- MAY, Robin; TOFLER, Geoffrey; BARTROP, Roger; HEINRICH, Paul; BAIRD, John; JOZEFIAK, Edward; PHOTOG, Dip y DE BURGH, Simon  
2010 “Smoking Cessation Through a Novel Behavior Modification Technique”. En: American Journal of Cardiology, Vol. 106, N° 1.
- MILL, John Stuart  
2004 [1848] Principles of Political Economy. With Some of Their Applications to Social Philosophy (Versión reducida. Editado por Nathanson, Stephen). Indianapolis: Hackett Publishing Company.  
2007 [1863] El utilitarismo. Madrid: Alianza Editorial.  
2009a [1859] Sobre la libertad. Madrid: Alianza Editorial.  
2009b [1874] La utilidad de la religión. Madrid: Alianza Editorial.  
2010 [1869] El sometimiento de la mujer. Madrid: Alianza Editorial.

- MITCHELL, Gregory  
2005 "Libertarian paternalism is an oxymoron". En: Northwestern University Law Review, Vol. 99, N° 3.
- MITCHELL, Jason; SCHIRMER, Jessica; AMES, Daniel y GILBERT, Daniel  
2010 "Medial Prefrontal Cortex Predicts Intertemporal Choice". En: Journal of Cognitive Neuroscience", Vol. 23, Issue N° 4.
- MÜLLER, Sabine.  
2009 "Body Integrity Identity Disorder (BIID)—Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified?". En: American Journal of Bioethics, Vol. 9, Issue N° 1.
- NANICHE, Denise y LAHUERTA, María  
2010 "La lucha contra el Sida en el Mundo". En: PONS, Xavier (Ed.) Salud pública mundial y Derecho Internacional (Ed.). Madrid: Marcial Pons.
- NATIONAL GEOGRAPHIC CHANNEL  
2010 "Inadaptados" (Misfits). Taboo. Washington, D.C. Enero de 2010. <http://www.dailymotion.com/video/xh251d>. Último acceso: 12/10/2017.
- NIELSEN, Lasse  
2014 "Why Health Matters to Justice: A Capability Theory Perspective". En: Ethic Theory and Moral Practice, Vol. 18, Issue 2.
- NINO, Carlos  
2007 [1989] Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación. Segunda edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea.  
2003 La Constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa.  
2013 Ocho lecciones sobre ética y derecho. Para pensar la democracia. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- NORDENFELT, Lennart  
1984 "On the Circle of Health". En: NORDENFELT, Lennart y LINDAHL, Ingemar (Eds.). Health, Disease, and Causal Explanations in Medicine. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.  
1993 "On the Notions of Disability and Handicap". En: International Journal of Social Welfare, 2, 17-24.  
1995 [1987] On the nature of health. An Action-Theoretic Approach. Segunda edición. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B. V.
- NUGENT, Guillermo  
2005 "El orden tutelar". En: NUGENT, Guillermo; FREEDMAN, Diego; VAGGIONE, Juan Marco y DOBRÉE, Patricio y BAREIRO, Line. La trampa moral única. Argumentos para una democracia Laica. Lima: Línea Andina.
- NUSSBAUM, Martha  
2000a Women and Human Development. The Capabilities Approach. New York: Cambridge University Press.  
2000b "Aristotle, Politics, and Human Capabilities: A response to Antony, Arneson, Charlesworth, and Mulgan". En: Ethics, Vol. 111. N° 1.

- 2000c "Virtudes no relativas: un enfoque aristotélico". En: NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (Comps.). La calidad de vida. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- 2002 [2000] Las mujeres y el Desarrollo Humano. El enfoque de capacidades. Barcelona: Herder.
- 2006 [2004] El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley. Buenos Aires: Katz.
- 2007 [2006] Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión. Barcelona: Paidós.
- 2009 [2008] La libertad de conciencia. Contra los fanatismos. Barcelona: Tusquets.
- 2012 [2011] Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano. Barcelona: Paidós.
- Organización Mundial de la Salud (OMS)
- 2006 Neonatal and Perinatal Mortality. Country, Regional and Global Estimates. Ginebra.
- 2009 Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco. Ginebra.
- Organización Mundial de la Salud (OMS) y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (FAO)
- 2003 Diet, Nutrition and the Prevention of Chronic Diseases. WHO Technical Report Series N° 916. Ginebra.
- O'NEILL, Cecilia
- 2013 "Paternalismo jurídico y alimentación saludable". En: SCHWALB, María y SANBORN, Cynthia (Eds.). Comida chatarra, Estado y mercado. Lima: Universidad del Pacífico.
- PARMET, Wendy
- 2014 "Beyond Paternalism: Rethinking the Limits of Public Health Law". En: Connecticut Law Review, Vol. 46, N° 5.
- PENNY, Mary; BARTOLINI, Rosario; MOSQUEIRA, Rocio; LAMONTAGNE, Scott; MENDOZA, María Ana; RAMOS, Irma; WINKLER, Jennifer; VILLAFANA, José; JANMOHAMED, Amynah y JUMAAN, Aisha
- 2011 "Strategies to vaccinate against cancer of the cervix: Feasibility of a school-based HPV vaccination program in Peru". En: Vaccine, 29.
- Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)
- 2000 Informe sobre la epidemia mundial de VIH/SIDA. Ginebra.
- QIZILBASH, Mozaffar
- 2011 "Sugden's critique of Sen's capability approach and the dangers of libertarian paternalism". En: International Review of Economics, Vol. 58.
- RACHELS, James
- 2009 [2003] Introducción a la filosofía moral. Primera reimpression (Primera edición). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- RAMIRO AVILÉS, Miguel
- 2006 "A vueltas con el moralismo legal". En: HART, Herbert. Derecho, libertad y moralidad. Madrid: Dykinson.

- RAWLS, John  
 2002 [1986] Justicia como equidad. Madrid: Tecnos.  
 2010 [1971] Teoría de la Justicia. Segunda edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- 2012 [2001] La justicia como equidad. Una reformulación. Barcelona: Paidós.  
 2013 [1993] Liberalismo Político. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- ROBEYNS, Ingrid  
 2005 "The Capability Approach: a theoretical survey". En: Journal of Human Development, Vol. 6, No. 1.
- RUGER, Jennifer  
 2009 Health and Social Justice. New York: Oxford University Press.  
 2010 "Health Capability: Conceptualization and Operationalization". En: American Journal of Public Health, Vol 100. N° 1.
- SALAZAR, Ximena; CÁCERES, Carlos; ROSASCO, Ana; KEGELES, Susan; MAIORANA, André; GÁRATE, María; COATES, Thomas y NIMH Collaborative HIVISTI Prevention Trial Group.  
 2005 "Vulnerability and sexual risk; *Vagos* and *vaguitas* in a lo income town in Perú". En: Culture, Health and Sexuality, July – August, 7 (4).
- SALAZAR, Ximena; CÁCERES, Carlos; MAIORANA, André; KEGELES, Susan, COATES, Thomas y NIMH Collaborative HIVISTI Prevention Trial Group.  
 2006 "Influencia del contexto sociocultural en la percepción del riesgo y la negociación de protección en hombres homosexuales pobres de la costa peruana" En: Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 22 (10).
- SALLES, Arleen L. F.  
 2008 "La relación médico-paciente". En: LUNA, Florencia & SALLES, Arleen L. F.. Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos. México D.F.: Fondo de cultura económica.
- SANDEL, Michael  
 2007 [1999] Contra la perfección. La ética en la ingeniería genética. Barcelona: Marbot.  
 2012 [2009] Justicia ¿Hacemos lo que debemos? Barcelona: Debolsillo.
- SEN, Amartya  
 1979 "Equality of What?". The Tanner Lecture on Human Values. Stanford University.  
 2000a [1993] "Capacidad y bienestar". En: NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (Comps.). La calidad de vida. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.  
 2000b [1999] Desarrollo y libertad. Bogotá: Planeta.  
 2009 La idea de justicia. Madrid: Taurus.  
 2011 [1987] Sobre ética y economía. Madrid: Alianza Editorial.
- SEUBA, Xavier  
 2010 "Los orígenes de la cooperación sanitaria internacional". En: PONS, Xavier (Ed.) Salud pública mundial y Derecho Internacional (Ed.). Madrid: Marcial Pons.

- SNEDDON, Andrew  
2006 "Equality, Justice, and Paternalism: Recentring Debate about Physician-Assisted Suicide". En: Journal of Applied Philosophy, Vol. 23, No. 4.
- SCHIAVONE, Giuseppe, DE ANNA, Gabriele, MAMELI, Matteo, REBBA, Vincenzo y BONIOLO, Giovanni.  
2013 "Libertarian paternalism and health care policy: a deliberative proposal". En: Medical Health Care and Philosophy, 17.
- SCHNOHR, Peter; MAROTT, Jacob; LANGE, Peter y JENSEN, Gorm  
2013 "Longevity in Male and Female Joggers". En: American Journal of Epidemiology.
- SCHNOHR, Peter; O'KEEFE, James; MAROTT, Jacob; LANGE, Peter y JENSEN, Gorm  
2015 "Dose of Jogging and Long-Term Mortality". En: Journal of the American College of Cardiology, Vol. 65, N° 5.
- SHORE, Cris  
2010 "La antropología y el estudio de la política pública: reflexiones sobre la "formulación" de las políticas". En: Antípoda, N° 10 Enero – Junio.
- SINGER, Peter  
1994 Rethinking Life and Death. The Collapse of our Tradicional Ethics. Nueva York: St Martin's Press.  
2003 Desacralizar la vida humana. Ensayos sobre ética. Madrid: Cátedra.
- STEWART, Frances  
2005 "Groups and capabilities". En: Journal of Human Development, Vol. 6, Issue 2.
- SUMAR, Óscar  
2013 "Agencia Estatal del Buen Comer: los «males» como justificación de regulación. En: SCHWALB, María y SANBORN, Cynthia (Eds.). Comida chatarra, Estado y mercado. Lima: Universidad del Pacífico.
- SUNSTEIN, Cass  
2006 [2004] Riesgo y razón: seguridad, ley y medioambiente. Buenos Aires: Katz.  
2013 "Behavioral Economics and Paternalism". En: The Yale Law Journal, Vol. 122.  
2014 Why Nudge? The politics of libertarian paternalism. New Haven – London: Yale University Press.
- SYME, Leonard  
1996 "Rethinking Disease: Where Do We Go from Here?" En: Annals of Epidemiology, Volume 6, Issue 5.
- TAYLOR, Charles.  
1993 Propósitos cruzados: el debate liberal-comunitario. En: ROSEBLUM, Nancy. El liberalismo y la vida moral. Buenos Aires: Nueva Visión.
- THALER, Richard y SUNSTEIN, Cass  
2003 "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron". En: The University of Chicago Law Review, Vol. 70, N° 4.

- 2009 Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad. México. D.F.: Taurus.
- THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCE•ENGINEERING•MEDICINE (NAS)  
2016 Genetically Engineered Crops: Experiences and Prospects. Washington D.C.: The National Academies Press.
- TIROSH, Yofi  
2012 “The Right to Be Fat”. En: Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics, Vol. 12, Issue 2.
- UPSHUR, Ross  
2013 “What Does Public Health Ethics Tell (Or Not Tell) Us About Intervening in Non-Communicable Diseases?” En: Bioethical Inquiry, 10.
- VALENCIA, Arelí  
2014 “Human Rights Trade-Offs in a Context of “Systemic Lack of Freedom”: The Case of the Smelter Town of La Oroya, Peru”. En: Journal of Human Rights, 13 .
- VEETIL, Vipin  
2011 “Libertarian paternalism is an oxymoron: an essay in defense of liberty. En: European Journal of Law and Economics. 31.
- VENKATAPURAM, Sridhar  
2011 Health justice. An argument from the capabilities approach. Cambridge: Polity Press.  
2013 “Health, Vital Goals, and Central Human Capabilities”. En: Bioethics, Vol. 27, N° 5.
- WIKLER, Daniel  
1978 “Persuasion and Coertion for Health. Ethical Issues in Government Efforts to Change Life-Styles. En: The Milbank Memorial Fund Quarterly, Vol. 56, N° 3.
- WILEY, Lindsay, BERMAN, Micah y BLANKE, Doug  
2013 “Who’s Your Nanny? Choice, Paternalism and Public Health in the Age of Personal Responsibility”. En: Journal of Law, Medicine & Ethics, 41, Suppl. 1.