
Libertad

PID_00244281

Joan Canimas Brugué

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 3 horas



Índice

| | |
|--|-----------|
| Introducción..... | 5 |
| 1. Fundamentos de la libertad..... | 7 |
| 2. Tres tipos de libertad: negativa, reflexiva y social..... | 10 |
| 3. Paternalismo..... | 16 |
| 4. Capacidad y competencia..... | 20 |
| 5. Tipos de decisión..... | 21 |
| 6. Acciones subrogadas protectoras y perfectoras..... | 23 |
| 7. Motivos que suelen alegarse para justificar acciones sin conocimiento o consentimiento de la persona afectada..... | 25 |
| 7.1. Acciones protectoras de primer nivel | 26 |
| 8. Procedimientos de limitación legal de la capacidad de obrar..... | 29 |
| 9. Responsabilidad..... | 31 |
| 10. Felicidad..... | 32 |
| 11. Artículos básicos de nuestro ordenamiento jurídico sobre la autonomía y la toma de decisiones..... | 34 |
| Notas..... | 37 |

Introducción

En ética aplicada hay dos cuestiones con las que, de una u otra forma, uno siempre se acaba encontrando: la libertad y la intimidad de las personas. En este tema vamos a abordar la cuestión de la libertad, que no por casualidad ocupa una posición central en ética aplicada, puesto que, desde Kant, concebimos la moralidad como un acto de autonomía que consiste en usar correctamente nuestra libertad¹.

1. Fundamentos de la libertad

En la genealogía de la libertad tal y como hoy la entendemos, hay muchos hitos. De todos ellos, hay tres que, a mi entender, es oportuno destacar porque configuran nuestra idea de libertad. Dos provienen de la cábala judía y del cristianismo, y se construyen como respuesta a la tantas veces proclamada cuestión de por qué si Dios es infinitamente bueno y poderoso, permite el mal en el mundo. El tercer hito es, como no, Kant.

A la cuestión de cómo puede habitar Dios entre nosotros cuando el mal campa por doquier, a veces de forma extrema, la teoría del *tsimtsum* de la cábala judía responde que Dios no está en este nuestro mundo. En hebreo original *tsimtsum* significa ‘concentración’ o ‘contracción’, pero usado en el lenguaje cabalístico se traduce mejor por ‘retirada’ o ‘retraimiento’. Según Yitshac Luria (1534-1572), si Dios es todo e infinito, para crear el mundo se vio obligado a hacerle sitio abandonando una zona de sí mismo, retirándose hacia dentro de sí, con lo cual Él es la ausencia de una presencia que se hace sentir en el anhelo de lo totalmente otro².

El otro mojón, mucho más antiguo, se vislumbra ya en el Eclesiástico del Antiguo Testamento, donde se dice que «Él hizo al hombre en el principio y lo dejó librado a su propio albedrío»³. Sin embargo, hasta Agustín de Hipona (354-430) no se profundizará en ello cuando, en *Del libre albedrío* (426), se pregunta cómo, siendo Dios infinitamente bueno y poderoso, permite que hagamos el mal. Y la respuesta es que, sabiendo que haríamos el mal, prefirió darnos el don de la libertad, la posibilidad de elegir entre seguirle y obrar bien (tal como han hecho los ángeles) o apartarnos de él (que es lo que han hecho los demonios). De la obra de san Agustín es importante destacar que, *sensu stricto*, la libertad individual no es un don del que dispongamos para actuar necesariamente de forma correcta, sino para escoger, lo cual implica la posibilidad de escoger mal, de equivocarse. Para el Dios cristiano, la libertad de escoger (y por tanto la posibilidad de equivocarse libremente) es lo más importante. O dicho de otro modo: para el Dios cristiano, el bien supremo es el bien de la libertad que, aun a su pesar, permite escoger el mal. Ochocientos cincuenta años después, Tomás de Aquino dirá que el grado supremo de dignidad de los hombres es «que por sí mismos, y no por otros, se dirijan hacia el bien»⁴.

Hoy deberíamos considerar que la libertad no nos ha sido concedida por ningún Dios, sino que es el resultado de un largo proceso de obstinación y lucha de todas aquellas personas que han creído y creen en ella. Sin embargo, las parábolas del *tsimtsum* y del libre albedrío forman parte de la historia que ha configurado nuestro pensamiento y, además, nos son especialmente útiles en el ámbito de la acción psicossocioeducativa y sociosanitaria. El *tsimtsum* nos

advierde que la vida humana, la creación de la propia personalidad y el ejercicio de la libertad solo son posibles cuando el creador se contrae y retira. Que cuando los progenitores, tutores, cuidadores, acompañantes o profesionales ocupan todo el espacio por temor a la fragilidad del otro, no hay otro, porque ser-en-el-mundo es tener un espacio y un tiempo propios, un espacio abierto a la propia singularidad. Nos advierde que ocupar todo el espacio deviene no solo autoritarismo, sino también negación del otro.

El retraimiento o la retirada del cuidador crea espacios de libertad en los que es posible habitar, elegir y, por tanto, correr riesgos y equivocarse. Aquí es donde se incorporan las enseñanzas de la segunda parábola: la libertad individual nace y consiste en la posibilidad de, en este espacio y tiempo propios, escoger. Escoger entre lo que uno desea hacer o no, entre lo que considera correcto o no.

El acto de escoger no es concebible sin el riesgo y la equivocación. El derecho a la libertad comporta la posibilidad de arriesgarse, de equivocarse (el «derecho» a correr riesgos y a equivocarse, dirían algunos), lo cual es especialmente pertinente y problemático en algunas situaciones del trabajo psicosocioeducativo y sociosanitario, por ejemplo en el ámbito de la diversidad funcional intelectual y del desarrollo. Quien vive en libertad a veces se arriesga y equivoca en mayor o menor grado. Hans Jonas lo ha expresado así: «El privilegio de la libertad lleva la carga de la precariedad y significa el existir en peligro»⁵. Escogemos a nuestra pareja con el riesgo de equivocarnos y salimos a la calle con el riesgo de ser atropellados. Es cierto que las personas con plena capacidad de autogobierno nos otorgamos un margen de libertad para tomar decisiones que comportan riesgos e incertezas que vigilamos o no damos a las personas que no la tienen. Sin embargo, esto no significa que la protección de las personas sin plena capacidad de autogobierno para algunas acciones conlleve la abolición radical de cualquier riesgo, lo cual supondría su reclusión en una urna de cristal y algodón o en una perpetua infancia.

Niklas Luhmann ha diferenciado entre *peligro* y *riesgo*. A pesar de que ambos términos se refieren a la amenaza de posibles daños futuros, para este autor *peligro* nombra únicamente la amenaza, mientras que *riesgo* nombra la amenaza asociada a nuestra propia actuación u omisión. El riesgo presupone una situación donde una elección está en juego⁶. En el riesgo hay responsabilidad, en el peligro no. Uno toma decisiones ante un peligro, o toma decisiones que suponen un peligro, con lo cual asume riesgos y responsabilidades. Atendiendo a esta distinción, la afirmación de Jonas citada anteriormente debería decir: «La libertad lleva la carga de la precariedad y significa el existir en riesgo». ¿Qué importancia tiene esto en lo que aquí nos ocupa? Pues que a las personas sin plena capacidad de decisión para algunas cuestiones debe protegérselas, en la medida de lo posible y razonable, de los peligros, pero no necesariamente de los riesgos. Cuando los peligros se convierten en riesgos, es decir, cuando van

asociados a la voluntad o decisión de la propia persona, no necesariamente deben evitarse, porque en el ejercicio de la libertad, como se ha dicho, hay riesgo.

El tercer hito de la genealogía de la libertad individual es Kant. Para el gran autor de la Ilustración, la libertad constituye la piedra angular del edificio moral: si no hubiera libertad, dice Kant, «no cabría en modo alguno *dar con* la ley moral dentro de nosotros», porque la libertad se revela por medio de la ley moral⁷. Para él, la idea de una libertad salvaje, sin límites, es vacua, puesto que no hay libertad sin las normas que imponen la razón y la presencia de los otros. La metáfora de Kant sobre la paloma que, al sentir la resistencia del aire al volar, podría considerar que volaría mucho mejor en un espacio vacío⁸ es aquí pertinente: aquellos que consideran que serían más libres sin la resistencia de la ley moral o incluso de los otros no advierten que esta resistencia y la presencia de los otros es precisamente lo que les permite ser libres.

2. Tres tipos de libertad: negativa, reflexiva y social

Cuando preguntamos, por ejemplo, si una persona con drogodependencia es o no es libre, antes de enzarzarnos en la defensa de las propias posiciones convendría que nos detuviéramos en aclarar los distintos usos del concepto libertad.

En el siglo XVII se produjo una agria disputa entre Thomas Hobbes y John Bramhall, obispo de Derry y posteriormente arzobispo de Armagh, en la cual el obispo defendía la libre voluntad de los hombres, mientras que el filósofo «materialista» la negaba, lo cual llevó al obispo a señalar la gravedad de las implicaciones de esta posición, manifestando su «perfecto odio» hacia una doctrina que hace de Dios el autor y la causa de todo el mal del mundo⁹. En esta controversia, Hobbes consideró que el término *libertad* no podía referirse al ámbito de las decisiones, sino solo al de los cuerpos en movimiento, a un *poder hacer* que no es obstaculizado por ninguna fuerza externa, a la ausencia de impedimentos externos a la acción. «Libertad es la ausencia de todo impedimento para la acción que no está contenido en la naturaleza y la cualidad intrínseca del agente»¹⁰. En el *Leviatán* retomará esta cuestión, diferenciando entre dos tipos de personas que no pueden abandonar una habitación: las que poseen la capacidad de hacerlo pero son «aprisionadas o constreñidas con muros o cadenas», y las que no la poseen porque se hallaban sujetas «al lecho por una enfermedad». Y consideró que solo podemos hablar de falta de libertad en las primeras, mientras que de las segundas debemos decir que carecen «de fuerza para moverse», puesto que un hombre libre es «quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio no está obstaculizado para hacer lo que desea»¹¹. Hablar de falta de libertad en el caso del hombre postrado en cama por una enfermedad era, para Hobbes, generar confusión y una burla al valor de la libertad. Volviendo al ejemplo de la persona con dependencia, Hobbes respondería que si nadie le impide adquirir y consumir drogas, es una persona libre.

Saltémonos a Kant y vayamos directamente a Isaiah Berlin, quien en 1969 retomó de nuevo esta vieja cuestión advirtiendo de que la concepción de la libertad como posibilidad de actuar sin que otros lo impidan es solo un tipo de libertad, a la que llamó negativa, y consideró que en el ámbito de las decisiones también se expresa la libertad, a la que llamó positiva. Así pues, desde Berlin, en filosofía se habla de *libertad positiva* para referirse a la capacidad mental que permite autogobernarse, gestionar la propia vida, sin que ninguna incompetencia cognitiva o estado pasional significativos lo impidan, y de *libertad negativa* para referirse a la ausencia de impedimento para la acción que

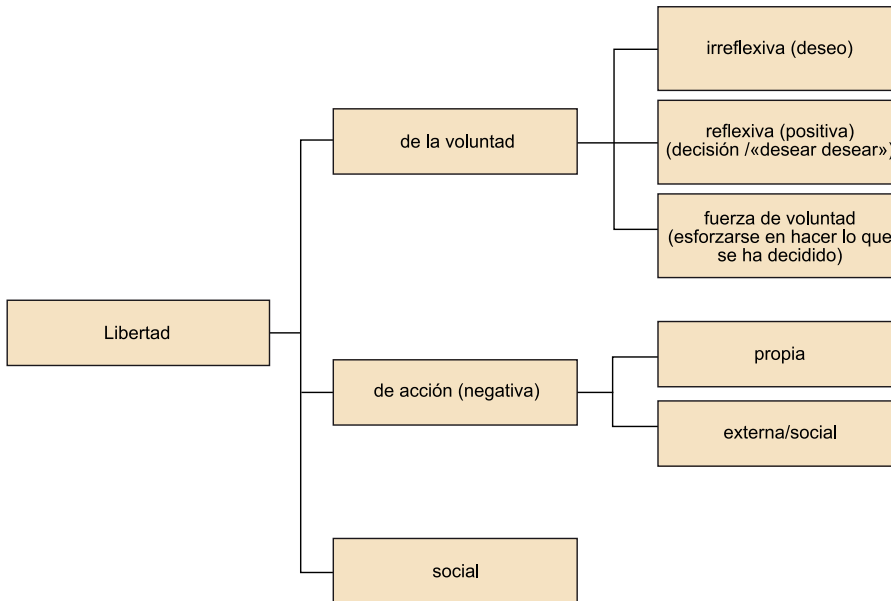
se desea o se ha decidido realizar¹². En otras palabras, la libertad positiva, que algunos autores, por ejemplo Axel Honneth, prefieren llamar libertad reflexiva, se refiere al libre arbitrio que tanto preocupó a la teología medieval.

Así pues y gracias a la distinción entre libertad negativa y positiva, no hay ninguna contradicción en decir que los pájaros del bosque son libres y esclavos: nada les impide volar cuando y hacia donde el instinto o el azar les señala (son libres en sentido negativo), pero son esclavos de sus instintos o del azar (no son libres en sentido positivo). Una persona con adicción es libre en sentido negativo de consumir drogas, pero no lo es en sentido positivo o reflexivo, pues consume no porque lo haya decidido, sino fruto de su adicción. Alguien que todo lo que hace es porque así se lo han indicado (los padres, la sociedad, los medios de comunicación, etc.), sin cuestionarse nunca nada, podrá ser libre en su sentido negativo, pero no en el positivo o reflexivo. Para Berlin, la plena libertad se consigue cuando se dispone de la libertad en sentido negativo y positivo a la vez.

Recientemente, Axel Honneth ha advertido que para disponer de una libertad plena es necesaria también la libertad social. Como él mismo señala, esta concepción de la libertad se sitúa en la senda de la reflexión iniciada por Hegel («estar consigo mismo en el otro»), Marx (disponer de las condiciones que permiten una vida libre) y Apel y Habermas (el sujeto individual solo puede realizar los logros reflexivos propios de la autodeterminación cuando interactúa intersubjetivamente en una entidad social que recíprocamente lleva adelante estos mismos logros¹³). El trato con los otros y con el mundo, dice Honneth, precede la libertad negativa y reflexiva. La libertad social es un espacio de reconocimientos mutuos, con recursos materiales que permiten una vida de calidad y culturalmente rica en contrastes y en diversidad de visiones de lo que se considera una vida buena y lograda, una sociedad que da oportunidades para el conocimiento, aprendizaje y realización de nuevas posibilidades, para la expansión de la propia personalidad, en definitiva, una red de condiciones y relaciones que posibilitan el aprendizaje y la realización de las libertades negativas y reflexivas.

A mi entender, con los conceptos libertad negativa, positiva (o reflexiva) y social no es posible atrapar aún todas las problemáticas que respecto a la libertad acontecen en el ámbito de la acción psicosocioeducativa y sociosanitaria. En la trilogía libertad negativa, positiva (o reflexiva) y social, ¿dónde se sitúan los deseos?, ¿y la fuerza de voluntad? Si una persona decide hacer algo y no puede hacerlo, ¿siempre es porque alguien se lo impide? El gráfico que propongo a continuación recoge lo dicho en el apartado anterior, con las correcciones y aportaciones que se irán explicando.

Gráfico 1. Distintos tipos de libertad



Me parece más acertado hablar de tres grandes tipos de libertad: de la voluntad, de acción (o negativa) y social, subsumiendo la libertad reflexiva (o positiva) dentro de la libertad de la voluntad. No cabe duda de que la libertad reflexiva (o positiva) se ha llevado y se lleva la palma de la libertad de la voluntad, hasta el punto de que se han llegado a confundir. Sin embargo, desear y esforzarse también forman parte de eso que llamamos libertad. Así pues, una cosa es desear fumar (voluntad irreflexiva), otra decidir dejarlo porque afecta seriamente a nuestra salud (voluntad reflexiva)¹⁴ y otra esforzarse en conseguirlo (fuerza de voluntad).

Adviértase que *voluntad* se dice aquí, tal como señala Robert Kane¹⁵, de tres maneras:

- **Voluntad como deseo.** Para referirnos a aquello que deseamos o queremos, y que la escolástica llamó *appetitus* y Kane *voluntad desiderativa* o *appetitiva*. Por ejemplo, cuando Descartes afirma que «Dios nos ha dado una voluntad [*volonté*] sin límites, [una] voluntad infinita»¹⁶ se refiere a que somos capaces de cualquier deseo o querer. Para evitar confusiones, cuando aquí se haga referencia a este tipo de voluntad se va a utilizar *voluntad irreflexiva*, *deseo* o *querer*. Así, la afirmación de Descartes quedaría transcrita de la siguiente forma: «Dios nos ha dado un *deseo* sin límites, [un] *querer* infinito».
- **Voluntad como decisión o propósito.** Cuando decimos, por ejemplo, que alguien ha redactado un documento de voluntades anticipadas, nos referimos a una decisión o a un propósito, a un querer pensado. A esta voluntad, la escolástica la llamó *appetitus rationalis*¹⁷ y Robert Kane *voluntad ra-*

cional. Para evitar confusiones, cuando aquí se haga referencia a este tipo de voluntad se va a utilizar *voluntad reflexiva, decisión o propósito*.

- **Voluntad como fuerza o capacidad para realizar aquello que uno ha decidido.** Utilizamos este tercer significado cuando decimos, por ejemplo, que tal persona «pone mucha voluntad en aquello que hace», o que «ha tenido la fuerza de voluntad de dejar de fumar». La ausencia de este tipo de voluntad afecta al impulso para tomar decisiones (como ocurre en las depresiones, la desgana, el desánimo, etc.) o para hacerlas realidad. Kane la denomina *voluntad de perseverar (striving will)* y yo voy a referirme a ella como *fuerza de voluntad*.

La historia de la filosofía atribuye a Aristóteles la primera referencia a la falta de dominio de los deseos, que llamó *akrasía*. Le dedica buena parte del libro VII de su *Ética nicomáquea* y señala que para Platón la *akrasía* era inconcebible, puesto que consideraba que nadie obra contra lo mejor a sabiendas, sino por ignorancia. Para Aristóteles, en cambio, «el incontinente sabe que obra mal movido por la pasión»¹⁸, que atribuye a un déficit en la naturaleza de los individuos. Sin embargo, el gran filósofo de la fuerza de voluntad es Tomás de Aquino, que la llamó *potentia activa*. Para Aquino, la incontinencia es un trastorno del alma y quien la practica «sabe que alguna acción es mala y, sin embargo, a causa de su pasión la hace igual», mientras que el continente padece algunas concupiscencias que sabe que son malas, pero no las sigue a causa del juicio de su razón¹⁹. Hoy y gracias a los avances biomédicos, sabemos que estos trastornos que antes atribuíamos al alma y, por tanto, moralizábamos, son trastornos psicobiosociales.

La diferenciación entre voluntad irreflexiva, reflexiva y fuerza de voluntad viene a coincidir con la propuesta por Harry Gordon Frankfurt entre «deseos de primer orden» (*first-order desires*), «deseos de segundo orden» (*second-order desires*) y «voliciones de segundo orden» (*second-order volitions*)²⁰. Para Frankfurt, los deseos de primer orden son simplemente deseos de hacer o no una cosa u otra, algo que compartimos con muchos animales. Una persona y un perro, por ejemplo, comparten el hecho de desear o no comer algo. Solo los humanos, dice Frankfurt, disponemos de los deseos de segundo orden, que consisten en desear o no cierto deseo de primer orden. En el ejemplo expuesto, solo los humanos (no todos) pueden desear desear (*sic*) no comer algo: por ejemplo alguien con sobrepeso a quien le gustan mucho los dulces y desearía no desear comerlos. En los deseos de segundo orden es donde hemos situado la racionalidad, el libre albedrío, las decisiones, la libertad reflexiva o positiva: tenemos un deseo de primer orden pero la razón nos señala que no es correcto, con lo cual deseamos no desearlo, o deseamos desear otra cosa. G. Dworkin la llama «una capacidad de segundo orden de las personas para reflexionar críticamente sobre sus preferencias, deseos, anhelos, de primer orden y la ca-

pacidad para aceptar o intentar cambiar estas a la luz de preferencias y valores de orden superior»²¹. Tiene que ver con nuestra capacidad de redefinirnos, de hacernos, de orientarnos.

Sin embargo, una cosa es desear desear (*sic*) algo (deseos de segundo orden) sin hacer nada para que esto ocurra, y otra muy distinta esforzarse para que se haga realidad. En las voliciones de segundo orden es donde tradicionalmente hemos situado la fuerza o la debilidad de la voluntad para realizar aquello que se ha decidido, la *infirmas voluntatis* de los medievales. El *Documento Sitges 2009* dice, respecto a la incapacidad de realizar aquello que se ha decidido por falta de fuerza de voluntad, lo siguiente:

«Hay muchas personas que tienen capacidad para elaborar correctamente todo el proceso de la decisión y para adoptar decisiones, pero “son incapaces de llevarlas a la práctica”, carecen de la voluntad o de la fuerza necesaria para hacerlo. [...] Las crisis de autogobierno que provocan las carencias de voluntad son generalmente más graves que las que provocan la carencia de la inteligencia teórica; sin embargo, el derecho civil se resiste aún a contemplarlas como causa de incapacitación. [...] La incapacitación por “carencia de voluntad”, que afectaría a ludópatas, toxicómanos, etc., es una cuestión que está planteada y se presenta difícil de resolver porque, en el fondo, laten dos concepciones ideológicas sobre la libertad radicalmente distintas.»²²

Alguien tiene *libertad de la voluntad* cuando aquello que desea, decide y, si es necesario, se esfuerza en realizar depende de él; y *libertad de acción* cuando puede hacer aquello que desea, ha decidido hacer y, si es necesario, se esfuerza en realizar. Cuando una persona desea o decide hacer algo y no lo lleva a cabo, puede ser porque no tiene los apoyos necesarios (libertad social), porque no tiene la fuerza de voluntad o el coraje necesarios para realizarlo o porque algo o alguien se lo impide (libertad de acción o negativa). Detengámonos ahora en este último tipo de libertad.

La libertad de acción es la posibilidad de hacer efectivos los propios deseos y decisiones sin que algo lo impida. Ahora bien, este «algo» que puede impedirlo puede ser propio de la persona o externo a ella. Puede ser la parálisis de su cuerpo o alguien que le impide hacerlo. Propongo, pues, diferenciar entre libertad de acción (o libertad en sentido negativo) *propia* y *externa*.

Se abre así un abanico de posibilidades que permite describir y analizar con mucha más precisión algunas situaciones. Veamos dos, una referida al ámbito de la diversidad funcional física y otra al de las adicciones. Puede ocurrir que una persona con una disfunción física desee algo, decida hacerlo y se esfuerce sinceramente en conseguirlo, pero no lo consiga. Diríamos entonces que tiene libertad de la voluntad pero no libertad de acción. Si esta falta de libertad de acción pudiera resolverse eliminando las barreras o actitudes que le impiden conseguirlo²³, entonces hablaríamos de falta de libertad de acción externa o social (alguien o algo exterior a la persona se lo impide); y si no fuera posible eliminar estas barreras, hablaríamos de falta de libertad de acción propia, puesto que aquello que se lo impide es únicamente y de momento su deficiencia física. De ahí que el concepto *discapacidad* sea dinámico, tal como señala

el artículo 1 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, que dice: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». La discapacidad la otorga, en este modelo biopsicosocial, la interacción de la disfunción con un entorno social y tecnológico cambiante²⁴.

Veamos otro ejemplo de cómo esta nomenclatura puede ayudarnos en el análisis de algunas situaciones, en este caso del ámbito de las adicciones. Aquellos profesionales que consideran que las terapias contra las adicciones deben centrarse en los aspectos comportamentales del paciente situarían el problema en el ámbito de la libertad de la voluntad: el paciente debe tomar la decisión de dejar la adicción y tener la fuerza de voluntad de lograrlo. Aquellos profesionales que consideran que las terapias deben centrarse principalmente en el ámbito de lo biológico (neuropsicología) situarían el problema en la falta de libertad de acción propia, en aquello del cerebro que impide hacer lo correcto o lo que uno se ha propuesto (aquí cabría situar, por ejemplo, la hipótesis de la automedicación). Aquellos profesionales que consideran que las terapias deben ser fundamentalmente sociales situarían el problema en la libertad de acción externa y en la libertad social, en el trato con los otros y con el mundo. Finalmente, los eclécticos combinarían todas las posibilidades.

Al final de su ensayo y hablando de la responsabilidad moral, Frankfurt introduce una tercera posible tipología de adicto: el que está totalmente encantado con su condición y que en el caso de que su deseo por la droga se debilitara (voluntad irreflexiva) tomaría medidas para renovar su intensidad (voluntad reflexiva). De él dice Frankfurt que tampoco es libre, puesto que su deseo de primer orden (desear consumir droga) es una necesidad fisiológica que convierte su deseo de segundo orden (desear desear [sic] la droga) en su decisión, con lo cual su voluntad reflexiva está fuera de su control.

3. Paternalismo

Para Immanuel Kant, el paternalismo es el mayor despotismo imaginable, porque nadie nos puede obligar a ser felices a su manera, sino que cada uno debe buscar su felicidad del modo que le parezca mejor a él, siempre que no cause ningún perjuicio a la libertad de los demás²⁵. John Stuart Mill, en su canto a la libertad, advierte de que el objetivo de su obra no es otro que afirmar un sencillo principio destinado a regir las relaciones humanas: «que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, [...] es evitar que perjudique a los demás»²⁶. Y José Ferrater y Priscilla Cohn consideran que todo paternalismo es una visión blanda del autoritarismo y, por lo tanto, denunciabile; incluso aquel que parece dictado por las razones más humanitarias y generosas, porque implica el inaceptable supuesto de que lo mejor para una persona es lo que decidimos nosotros, cuando no hay duda –dicen– de que el mejor juicio sobre uno mismo es el que formula la misma persona²⁷.

Sin embargo y a pesar de sus críticas al paternalismo, Kant, Mill, Ferrater y Cohn no tenían ninguna duda de que hay situaciones en las que algunas personas no pueden distinguir lo que les es beneficioso o perjudicial y, por lo tanto, es necesario que alguien tome la decisión por ellos. Mill nos recuerda el deber de proteger y, por lo tanto, de tomar decisiones por aquellos que no disponen de «una razonable cantidad de sentido común» o que, a pesar de tenerla, ignoran las posibles consecuencias de su acción, por ejemplo alguien que intentaba atravesar un puente declarado inseguro y no lo sabe, «puesto que la libertad consiste en hacer lo que uno desee, y no desearía caer en el río»²⁸.

A nadie se le escapa que hay decisiones que deben tomarse por otras personas, por ejemplo y hoy por hoy, que los niños vayan a la escuela, retener a una persona que en un momento de crisis quiere tirarse por la ventana, no atender la negativa de una persona con discapacidad intelectual a operarse de apendicitis porque le da miedo y no es capaz de entender las consecuencias de su decisión o, en fin, obligar a llevar casco al conducir una moto. Para referirse a estas acciones, el ámbito jurídico se sirve del término *paternalismo*, sin atribuirle carga peyorativa alguna, y hay una amplísima y fecunda tradición investigadora sobre la justificación y los límites de lo que debe considerarse un paternalismo legítimo.

Así pues, ¿a qué tipo de paternalismo nos referimos cuando hacemos nuestras las posiciones que lo consideran un despotismo? Pues a una actitud del *yo* o del *nosotros* frente a aquel *otro* u *otros* que se identifican y estigmatizan como débiles, incapaces de tomar decisiones sensatas o de hacer algo sin protección,

a pesar de poder hacerlo. A una disposición que somete al otro a las propias convicciones de vida buena, al cual protege en todo y toma siempre las decisiones por él. En quien lo ejerce, es una disposición que puede ir desde la anulación del propio yo que vive entregado al bienestar del otro necesitado hasta un delirio de grandeza que oprime en nombre de la verdad y la salvación. Y en quien se ejerce, es incapacitante, puesto que llega a convencerle de que es incapaz de servirse de su propia voluntad. El paternalismo genera una relación de dependencia mutua. Siguiendo a Hegel, se diría que es una relación de amo y siervo que hace que ambos compartan la misma cárcel.

La palabra *paternalismo*, no hay que olvidarlo, lleva el sufijo *-ismo*, que convierte la protección en actitud. Los «ismos» forman sustantivos que suelen denominar doctrinas, escuelas, sistemas o movimientos con voluntad totalizadora, abarcadora, evangelizadora. Así pues, utilizo el término *paternalismo* para referirme a una actitud siempre reprobable y, por lo tanto y en mi uso, no cabe hablar de «paternalismo éticamente justificado», tal como se hace en filosofía moral y del derecho²⁹.

Sin embargo, en el ámbito de la acción psicosocioeducativa y sociosanitaria, el término *paternalismo* tiene una significación tan peyorativa que, a fuerza de rehuirlo, puede impedir pensar la frontera que separa aquellas intervenciones que persiguen el bien de una persona y que se realizan sin su consentimiento o conocimiento que están éticamente justificadas de aquellas que no lo están, puesto que el respeto a la voluntad de la persona y los apoyos o acompañamientos tienen sus límites. Para indagar esta cuestión, es imprescindible aprender de aquellos que han dedicado esfuerzo y talento a pensar el paternalismo jurídico, lo cual nos obliga a utilizar temporalmente dicho concepto sin la significación que le acabamos de dar.

En 1971 Joel Feinberg estableció una distinción entre paternalismo duro y blando, o fuerte y débil, que ha devenido clásica y que también puede resultar útil. Para Feinberg, el paternalismo duro implica intervenciones concebidas «para proteger a adultos competentes, contra su voluntad, de las consecuencias dañosas de sus elecciones y empresas». Un ejemplo sería la obligación de llevar el cinturón de seguridad cuando se conduce. El paternalismo blando, en cambio, se refiere a intervenciones protectoras dirigidas a personas que no son plenamente autónomas, por ejemplo las que establecen los padres con sus hijos³⁰. Muchos antipaternalistas han considerado que el paternalismo blando no es paternalismo, sino una responsabilidad para con aquellos que se hallan en situaciones que les imposibilitan el ejercicio de la libertad. El mismo Feinberg, que considera que nunca hay razones moralmente válidas que puedan justificar el paternalismo duro, dice que preferiría hablar de «(anti)paternalismo blando» y así, cuando se hablase de paternalismo, se identificaría siempre con el duro³¹.

Gerald Dworkin define el paternalismo como «la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada»³². A esta definición de Dworkin se le ha enmendado que el paternalismo no siempre se manifiesta como una interferencia en la libertad de acción o coacción, sino también como engaño, por ejemplo no dando una información sobre la que hay buenas razones para considerar que será muy perjudicial para la persona.

Por su parte, John Rawls ha entendido el paternalismo como los principios y acciones que los grupos establecerían y autorizarían en la posición original para protegerse contra la debilidad o las fallas de su razón y de su voluntad. La *posición original* o *velo de la ignorancia* de Rawls, como se sabe, es una situación prenatal hipotética en la cual los sujetos, antes de nacer, establecen los principios que han de regir una sociedad sin que los contratantes sepan qué tipo de cuerpo y mente tendrán, ni dónde nacerán, ni qué contingencias caracterizarán su itinerario de vida. «Incluso supondré –dice Rawls– que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de la justicia se esconden tras un velo de ignorancia»³³. Suele compararse con el estado de naturaleza de la teoría tradicional del contrato social, pero no está pensada como una situación históricamente real, sino puramente hipotética. Sin embargo y como ha señalado Esperanza Guisán, en este modelo nada garantiza que esos seres racionales opten por la solución más segura de una sociedad justa e igualitaria. Bien podrían asumir el riesgo de padecer el infortunio de la pobreza o la fealdad, o la suerte de la riqueza o la belleza, como si de una partida de póquer se tratara. «De hecho –escribe Guisán–, las sociedades capitalistas extremas funcionan bajo el supuesto de que el riesgo es *racional* y rentable, reduciendo al mínimo las prestaciones y servicios sociales proporcionados por el Estado»³⁴.

Ronald Dworkin, por su parte, dice que «el paternalismo implica la imposición de una decisión a alguien, supuestamente por su propio bien pero en contra de su idea de cuál es este»³⁵, y considera que hay dos tipos de paternalismo: el volitivo y el crítico. El primero persigue que la persona tenga o haga lo que de hecho desea (que llama *bienestar volitivo*), aunque a veces pueda manifestar lo contrario, mientras que el paternalismo crítico persigue lo que la persona debería desear (que llama *bienestar crítico*), obligándola a una acción o abstinencia que ella piensa que carece de valor. El autor afirma:

«Una buena parte de paternalismo coercitivo estatal no es de carácter crítico, sino volitivo: el Estado obliga a la gente a usar los cinturones de seguridad para evitarles un daño que supone que ellos mismos ya desean evitar. Pero algunos sostienen que el Estado tiene un derecho a –o incluso una obligación de– mejorar las vidas de los ciudadanos en el sentido crítico, esto es, no sólo contra su propia voluntad, sino también contra su propia convicción.»³⁶

La mayoría de los autores coincide en señalar tres condiciones para que las acciones paternalistas estén éticamente justificadas:

- 1) Que la acción persiga evitar un mal significativo.
- 2) Que la persona no tenga la capacidad para comprender la situación.
- 3) Que si tuviera esta capacidad, estaría de acuerdo con la acción emprendida.

La forma de concretar y redactar estos tres factores varía entre los distintos autores que han abordado la cuestión, lo cual provoca diferencias de contenido importantes y debates apasionantes. Veamos algunos ejemplos.

Para Beauchamp y Childress,

«[...] una acción paternalista puede ser justificada solo si: *a*) los daños que se evita que ocurran o los beneficios que se ofrecen a la persona sobrepasan la pérdida de independencia y la sensación de invasión causada por la intervención; *b*) el estado de la persona limita seriamente su capacidad para tomar decisiones autónomas; *c*) la intervención está universalmente justificada en las mismas circunstancias relevantes, y *d*) el beneficiario de la acción paternalista ha consentido, consentirá o consentiría si tuviese racionalidad, a aquellas intervenciones que actúan en su beneficio.»³⁷

Para Manuel Atienza,

«[...] una conducta o una norma paternalista está justificada éticamente si y solo si: *(a)* está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad; *(b)* el individuo o la colectividad a la que se aplica o destina la medida no puede dar su consentimiento porque tiene algún tipo de incapacidad básica –transitoria o no–, y *(c)* se puede presumir racionalmente que éstos darían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en el punto *(b)* y –por lo tanto– conocieran realmente cuál es su bien.»³⁸

Y para Macario Alemany, las condiciones de una interferencia paternalista justificada si y solo si:

«1) X es una medida idónea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico) y no hay una forma alternativa no paternalista y de coste razonable para evitar esos daños; 2) la tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en un estado de incapacidad básica del sujeto B; y 3) se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones, como al contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incompetencia básica.»³⁹

Se ha insistido en la dificultad que presenta el segundo factor (determinar la capacidad o incapacidad para comprender la situación), especialmente porque su grado de exigencia está relacionado con el primero (características del daño o riesgo). Sin embargo, de los tres factores el que acaso es más necesario repensar es el primero, puesto que llega a justificar que se impidan daños o riesgos que son deseados por las personas y que las hacen felices, o más felices que las vidas que las acciones protectoras las obligan a vivir.

4. Capacidad y competencia

Cuando un ser humano nace y cumple los requisitos para ser reconocido ciudadano de un Estado, adquiere personalidad y capacidad jurídica, lo cual significa que se convierte en un sujeto con todos los derechos reconocidos en dicho sistema jurídico. Algunos derechos se hacen inmediatamente efectivos porque le protegen, por ejemplo el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y psicológica. Otros, sin embargo, todavía no puede ejercerlos, por ejemplo el derecho a la libertad; ni tampoco se le exige obligaciones. La razón, como es fácil adivinar, es que no tiene todavía las competencias cognitivas necesarias para el ejercicio de algunos derechos ni para la demanda de algunas obligaciones. Al ejercicio de derechos y obligaciones se le denomina *capacidad de obrar*.

La capacidad de obrar se adquiere plenamente con la mayoría de edad o, mejor dicho, llamamos *mayoría de edad* (un término también jurídico) al período durante el cual se pueden ejercer plenamente todos los derechos y se pueden exigir todos los deberes. Sin embargo, no es necesario llegar a la mayoría de edad para poder ejercer todos los derechos y cumplir todos los deberes. Las leyes se han ido adaptando al desarrollo ontogenético de los seres humanos y algunos derechos pueden ejercerse y algunas obligaciones exigirse, antes. Por ejemplo, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente otorga amplios poderes para decidir sobre su propia salud a los mayores de dieciséis años; y la Ley orgánica 5/2000 exige responsabilidades penales adaptadas a los mayores de catorce años y menores de dieciocho.

Las limitaciones de la capacidad de obrar solo pueden provenir de la minoría de edad o, en caso de personas mayores de edad, de una sentencia judicial que considera necesario que alguien (tutor, curador, defensor judicial, guardador) proteja los derechos de una persona cuya deficiencia mental le impide hacerlo por ella misma.

Para no confundir la capacidad jurídica (sujeto de derechos) y de obrar (capacidad jurídica para ejercerlos) con la capacidad psicológica (capacidad cognitiva), algunos autores diferencian entre *capacidad* y *competencia*. Consideran que *capacidad* es un concepto jurídico, mientras que *competencia* es un concepto psicológico que se refiere a las facultades cognitivas de una persona para entender, razonar y tomar una decisión en aquello para lo cual se evalúa su competencia. Otros, en cambio, prefieren hablar de capacidad jurídica, capacidad de obrar y capacidad natural.

5. Tipos de decisión

Para lo que aquí nos interesa, hay tres tipos básicos de decisiones: las que toma la propia persona, las que presuntamente tomaría la persona y las sustitutivas:

1) Decisiones que toma la propia persona

Este tipo de decisiones se expresan o han expresado por la propia persona, ya sea en el momento o de forma anticipada (por ejemplo por medio de un documento de voluntades anticipadas), y pueden ser:

a) Libres y responsables, con los apoyos que sean necesarios y posibles. Este tipo de decisiones no se refieren únicamente a lo que suelen considerarse grandes decisiones (reflexivas), sino también a las pequeñas preferencias o decisiones cotidianas (irreflexivas), por ejemplo querer tomarse un vaso de agua, que también es un acto de libertad y de responsabilidad.

b) Sin las condiciones externas a la persona que la decisión requiere, por ejemplo porque está sometida a coacciones o influencias indebidas, o no se le han dado los apoyos necesarios.

c) Sin las condiciones propias de la persona que la decisión requiere porque esta no tiene la capacidad natural o la competencia para tomar la decisión. En estas situaciones, también se dice que la persona tiene una incapacidad natural o incompetencia para tomar la decisión (por ejemplo porque, a pesar de habersele facilitado los apoyos necesarios y posibles, la persona no tiene la madurez cognitiva necesaria o está bajo un fuerte impacto emocional).

2) Decisiones presuntas de la persona, también llamadas decisiones hipotéticas

Es la decisión o decisiones que se considera que la persona habría tomado si no estuviera en la situación de incompetencia sobrevenida. Son decisiones reconstruidas de forma objetiva por terceras personas a partir de la información de que se dispone sobre la vida, valores, opiniones, preferencias, juicios sobre situaciones parecidas expresados antes de la situación de incompetencia. Solo son posibles, por lo tanto, en casos de incompetencia sobrevenida en los cuales se dispone de información fidedigna.

Se podría considerar que las decisiones presuntas deberían incluirse en el primer tipo de decisiones, las que toma la propia persona, puesto que de alguna forma las expresó con su forma de vida, opiniones o preferencias. Pero también podría considerarse que deberían incluirse en el tercer tipo de decisiones, las sustitutivas, puesto que alguien toma la decisión en sustitución de la persona

teniendo en cuenta su forma de vida, opiniones o preferencias. Ante esto, me parece más preciso darles identidad propia, sabiendo asimismo que algunas decisiones se situarán en las fronteras de la tríada.

3) Decisiones sustitutivas

Se refiere a las decisiones que una persona toma por otra sin atender su voluntad, ya sea porque no lo considera adecuado o no la conoce. Evito el término *decisiones subrogadas* porque para muchos autores cualquier decisión que toma una persona por otra es subrogada, ya sea cumpliendo una instrucción previa (que aquí he situado en las decisiones que toma la propia persona), reconstruyendo una decisión presunta o mediante una decisión sustitutiva⁴⁰.

Las decisiones sustitutivas pueden afectar derechos fundamentales de la persona o no. Las decisiones sustitutivas que responden a situaciones de derechos fundamentales en conflicto, se sitúan en el ámbito de la moral de mínimos y de la justicia. Cuando entran en conflicto derechos fundamentales de una misma persona, esta se encuentra en una situación de incompetencia manifiesta y es necesario tomar una decisión sustitutiva, de los distintos cursos de acción debe priorizarse el que responda más adecuadamente a lo que se llama el *mejor interés (best interest)*, *interés superior* o *mayor beneficio* de la persona. De los distintos valores, principios y derechos *prima facie* en conflicto, se impone aquel que un análisis objetivo y razonable de la situación considera que debe prevalecer.

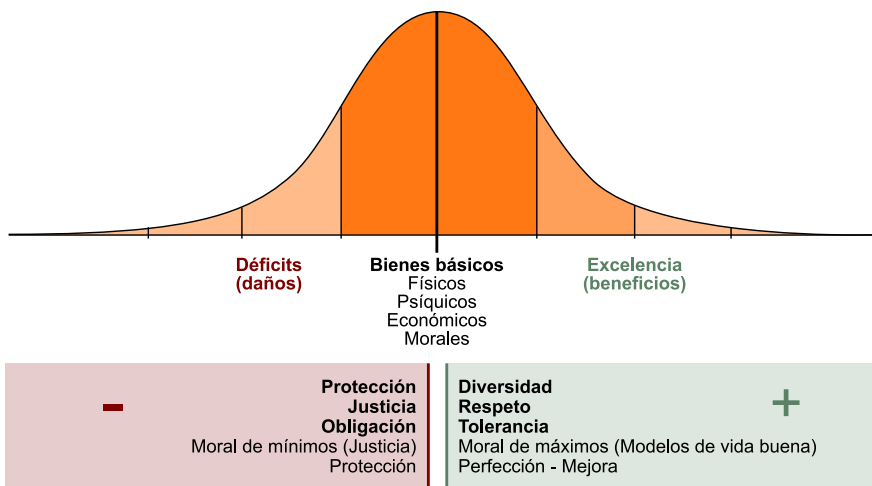
Las decisiones sustitutivas que no responden a situaciones de derechos fundamentales en conflicto se sitúan en el ámbito de la moral de máximos, de las distintas concepciones del bien que consideramos que conforman la pluralidad y diversidad cultural y moral que debe respetarse. Son decisiones que suelen considerarse subjetivas, puesto que no siempre es posible, deseable o necesario establecer públicamente si son mejores o peores que otras (por ejemplo si es mejor que los padres transmitan creencias religiosas o laicas a sus hijos). O decisiones que incluso si un análisis razonable llega a la conclusión de que son mejores que otras, no pueden imponerse a personas mayores de edad o que se aproximan a ella (por ejemplo, un tipo de alimentación saludable o practicar deporte).

6. Acciones subrogadas protectoras y perfectoras

En el ámbito de las decisiones sustitutivas, que es el que aquí nos ocupa, es necesario distinguir entre acciones coercitivas *protectoras* y *perfectoras*. Ambas son acciones que se realizan sin el consentimiento o conocimiento de la persona o personas afectadas, pero las protectoras persiguen evitarles o disminuirles un mal, mientras que las perfectoras persiguen mantenerles o aumentarles un bien. Añadimos el adjetivo *coercitivas* para diferenciarlas de aquellas acciones protectoras y perfectoras que cuentan con el beneplácito o incluso la demanda de la persona afectada.

La diferenciación entre acciones protectoras y perfectoras solo puede hacerse estableciendo un umbral de bienes (físicos, psíquicos, económicos y morales) considerados básicos. A partir de este nivel de bienes primarios es posible determinar que aquello que se sitúa por debajo deviene dañino, en cuanto que déficit o pérdida de lo básico; y aquello que se sitúa por encima, beneficioso, en cuanto que aumenta la calidad, cantidad o variedad de bienes. Así pues, las acciones que pretenden evitar o disminuir un daño (las que se sitúan en el umbral negativo) pueden considerarse protectoras, y las que pretenden mantener o aumentar un bien (umbral positivo), perfectoras⁴¹.

Gráfico 2. Umbrales de bienes



Sobre la terminología que aquí utilizo es necesario hacer tres observaciones. La primera es que las decisiones o acciones que llamo *protectoras*, la filosofía moral y del derecho las suele llamar *paternalistas*. Sin embargo y como he señalado al hablar del paternalismo, considero más acertado reservar este concepto para denominar una actitud que otros conceptos, por ejemplo autoritarismo, no logran atrapar.

La segunda observación es que la filosofía moral y la filosofía del derecho suelen considerar que lo que llaman *paternalismo* (y que aquí he llamado *acciones protectoras*) trata de evitar daños de tipo físico, psíquico o económico, mientras que las acciones perfectoras tratan de evitar daños o producir bienes morales (y por eso a veces reciben el nombre de *moralismo jurídico*)⁴². Considero que esta taxonomía no responde adecuadamente a la realidad, puesto que hay acciones protectoras que pretenden evitar daños morales y acciones perfectoras que pretenden incrementar bienes físicos, psíquicos o económicos.

La tercera observación que es necesario hacer sobre la terminología que aquí propongo es que, a mi entender, disuelve la problemática que viene produciéndose en filosofía moral y del derecho sobre si lo que ellos llaman *paternalismo* incluye o no al perfeccionismo, puesto que en mi uso queda claro que el paternalismo se manifiesta tanto por medio de acciones protectoras como perfectoras éticamente injustificadas.

¿Qué utilidad puede tener para los profesionales del ámbito de la acción psicosocioeducativa y sociosanitaria distinguir entre acciones protectoras y perfectoras, entre evitar o disminuir daños y mantener o aumentar beneficios? Pues que los criterios que pueden llegar a justificar unas no son los mismos que los que pueden llegar a justificar las otras. Las acciones coercitivas protectoras, en cuanto que protegen bienes básicos, son, en general, más fácilmente justificables que las perfectoras y, por lo tanto, la voluntad de la persona afectada es menos determinante. La negativa por miedo a los quirófanos de una persona con diversidad funcional intelectual grave a someterse a una intervención quirúrgica de apendicitis que, en caso de no realizarse, le provocará la muerte, es mucho menos determinante que su negativa a una operación de cirugía estética que persigue aumentar su encanto. En general, considero que las acciones coercitivas perfectoras solo están justificadas durante la infancia y adolescencia, mientras que en la mayoría de edad solo lo están en situaciones de incompetencia y de forma proporcionada y temporal. Alcanzar la mayoría de edad significa, entre otras cosas, que la protección y la perfección pasan a depender de la propia persona. Sin embargo, para aquellas personas con un grado de incompetencia cognitiva que les impide comprender el alcance de algunas acciones, las acciones coercitivas protectoras pueden continuar estando justificadas y las perfectoras no, o solo temporalmente.

7. Motivos que suelen alegarse para justificar acciones sin conocimiento o consentimiento de la persona afectada

De todos los valores morales que deben orientar la labor de los profesionales de la acción psicosocioeducativa y sociosanitaria, la libertad y la ayuda son, tal vez, los más importantes. Es por eso por lo que los profesionales viven, o deberían vivir, la tensión entre ambos valores, puesto que en el respeto escrupuloso a la libertad anida el peligro del abandono, y en del exceso de ayuda, del paternalismo.

Pueden alegarse seis situaciones para justificar acciones sin el conocimiento o consentimiento de los afectados (lo cual no significa que todas ellas estén éticamente justificadas):

1) Para evitar o reducir un daño a la propia persona o personas (que llamaré *acciones protectoras de primer nivel*).

2) Para producir un beneficio a la propia persona o personas (que llamaré *acciones perfectoras o de mejora*).

3) Para evitar o reducir un daño al profesional o a terceras personas (que llamaré *acciones protectoras de segundo nivel*). Aquí es necesario distinguir las acciones protectoras de segundo nivel de aquellas acciones que responden a una actitud de los profesionales y las instituciones que antepone de forma injusta su propia defensa al bien de la persona o personas atendidas, por ejemplo para evitar un posible perjuicio laboral o institucional (que llamaré *acciones defensivas*).

4) Para producir un beneficio al profesional o a terceras personas (que llamaré *acciones de beneficio*).

5) Por imperativo legal, es decir, porque la ley obliga a hacerlo (que llamaré *acciones legales*).

6) Para castigar o vengarse de la persona o personas que han cometido un delito o para señalar su gravedad a la sociedad (que llamaré *acciones de ejemplaridad*).

No todos estos supuestos están éticamente justificados. En este apartado voy a desarrollar el primero de ellos. El segundo ya ha sido tratado, aunque brevemente, al hablar en el apartado anterior de las acciones perfectoras. Los otros cuatro van a ser abordados en el módulo «Intimidad, confidencialidad y secreto profesional», puesto que en el ámbito de la acción psicosocioeducativa

y sociosanitaria estos cuatro supuestos suelen afectar a la revelación de secretos profesionales. Sin embargo, es necesario avanzar ya aquí, para evitar malentendidos, que considero que, en la acción psicosocioeducativa y sociosanitaria, las acciones defensivas, de beneficio y de ejemplaridad no están nunca justificadas.

7.1. Acciones protectoras de primer nivel

Recordemos: las acciones coercitivas sustitutivas protectoras de primer nivel son acciones que persiguen evitar o reducir un daño a la persona o personas y no cuentan con su consentimiento o conocimiento. Las tres condiciones que deben darse para que este tipo de acciones puedan estar éticamente justificadas son:

1) Que la acción sea necesaria, idónea, efectiva, proporcionada y respetuosa.

a) **Necesaria.** Persigue evitar o reducir un daño significativo a la persona o personas.

b) **Idónea y efectiva.** No es posible una medida alternativa menos intervencionista o más acorde con las preferencias o la voluntad de la persona o personas y con resultados equiparables.

c) **Proporcionada.** Los daños que la acción protectora evitará o reducirá son significativamente superiores a los daños que pueda producir la coacción.

d) **Respetuosa.** La coacción es respetuosa con la dignidad de la persona si se aplica con consideración y afecto.

2) Que la persona o personas a las que se destina la medida no puedan dar su consentimiento para esta acción porque tienen algún tipo de incompetencia básica para hacerlo. Para determinar esta incompetencia deben considerarse los siguientes parámetros:

a) **Magnitud de las consecuencias.** La competencia requerida está relacionada con el tipo de decisión o acción, con sus consecuencias y su significación en la personalidad e itinerario vital de la persona. No se exige la misma competencia para una decisión que puede comportar la muerte que para una que puede comportar un ligero dolor de barriga.

b) **Circunstancias.** Si la información que ha recibido la persona ha sido veraz y correcta, si se le ha dispensado el apoyo necesario y adecuado a sus condiciones y circunstancias, si ha dispuesto del tiempo necesario para entenderlo y decidirlo y si la decisión se toma, o la acción se realiza, sin coacciones inadmisibles y en una situación de razonable equilibrio emocional.

c) **Capacidad natural o competencia.** Si la persona tiene la capacidad de entender, retener, razonar, comprender y elegir que requiere la decisión o acción.

d) **Convicción.** Si la persona tienen la convicción que requiere la decisión o acción.

3) Que se puede presumir razonablemente que la persona o personas darían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incompetencia indicada en el punto 2) y, por lo tanto, conocieran realmente cuál es su bien.

Respecto a la tercera condición (se puede presumir razonablemente que la persona o personas darían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incompetencia y, por lo tanto, conocieran realmente cuál es su bien), cabe hacer las siguientes observaciones:

A veces es posible conocer la voluntad de una persona porque fue manifestada expresamente antes de su situación de incapacidad, ya sea mediante un documento de voluntades anticipadas, o porque así lo manifestó a las personas allegadas (decisiones que toma la propia persona), o porque es posible deducirlo del estilo de vida que practicaba y de los valores que de una u otra manera manifestaba (decisiones presuntas de la persona).

Asimismo, la memoria de lo que fueron las personas antes de su situación de incapacidad también merece reconocimiento y respeto, y en algunas situaciones hace patente su dignidad. Aquello que de bueno y de particular tuvieron debe respetarse y manifestarse en su presente, en la medida de lo posible y razonable. Las personas con demencia o con enfermedad de Alzheimer muy grave, por ejemplo, no son clónicos que deban vestir iguales o como a los cuidadores o familiares les plazca arbitrariamente. ¿Cuántas veces se decide o hace algo por otra persona diciendo «¡A ella le hubiera encantado!» o, contrariamente, se desaprueba exclamando «¡Nunca lo hubiese aceptado!»? Es importante respetar el derecho de las personas a mantener, siempre que sea posible y razonable, el que fue su propio estilo de vida.

Pero a veces nada de esto es posible, porque no hay un pasado al que remitirse. En estos casos, tenemos la maravillosa capacidad de ponernos en el sitio del otro. En palabras de Rawls:

«Cuanto menos conocemos de una persona, actuamos por ella más como lo haríamos por nosotros mismos, desde el punto de vista de la posición original. Intentamos obtener para él cosas que presumiblemente quiere, sean lo que fueren. Debemos ser capaces de alegar que, con el desarrollo o la recuperación de sus poderes racionales, el individuo en cuestión aceptaría nuestra decisión en su favor y estaría de acuerdo con nosotros en que hicimos lo mejor.»⁴³

Sin embargo, la que se ha denominado la regla de oro de la ética (no hagas a los otros lo que no quisieras que te hicieran a ti), puede llegar a ser terriblemente resbaladiza y subjetiva, puesto que uno puede querer o no querer cosas que para otras sean nefastas. En estas situaciones debe imperar la prudencia y la sensibilidad.

8. Procedimientos de limitación legal de la capacidad de obrar

En algunas situaciones, las personas con limitaciones en su capacidad de autogobierno están expuestas al peligro de su propia irresponsabilidad o al autoritarismo o provecho de terceras personas. Ante esto y como medida de protección, se ha establecido la modificación legal de la capacidad de obrar. Por lo que hace al término, la disposición final primera de la Ley 1/2009⁴⁴ estableció que el Gobierno «remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006». De esta nueva denominación, que cabe celebrar, debe lamentarse que una vez más lo jurídico acaba apropiándose de algunos términos. La posibilidad de modificar la capacidad de obrar de una persona no solo es jurídica, sino que también puede ser educativa, argumentativa, social, etc. Los padres, los educadores, los trabajadores sociales, los amigos, los vecinos, los medios de comunicación, los gobiernos, etc. realizan en muchas ocasiones acciones encaminadas a modificar la capacidad de obrar de las personas, ante lo cual debería hablarse de modificación *jurídica* o *legal* de la capacidad de obrar.

El procedimiento de modificación jurídica de la capacidad de obrar es una medida legal destinada a proteger los derechos y el bienestar de aquellas personas que, por disfunciones mentales, no están capacitadas para hacerlo por sí solas en algunos supuestos, ante lo cual se nombra a un tutor, curador, defensor judicial o guardador para que ejerza dicha función⁴⁵. No supone, en ningún caso, limitar su capacidad jurídica (posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones). Por lo tanto, la manera correcta de plantear la cuestión es: cuando hay derechos fundamentales en conflicto que la persona afectada no está en condiciones de resolver correctamente, por ejemplo los derechos a la libertad y a la integridad física, psicológica o moral, el guardador, curador o tutor debe ponderar y decidir, con la máxima participación posible de la persona afectada, de acuerdo con su personalidad y de forma objetiva y razonable, cuál de ellos prevalece, y dar razones de ello. Tal como señala la ley, las funciones tutelares se ejercen siempre en interés y de acuerdo con la personalidad de los tutelados.

De la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006), aquí cabe destacar el artículo 12, que aboga por un sistema de protección basado en el apoyo a la toma de decisiones y, entre otras cosas, establece que los estados que lo han ratificado deben reconocer «que las personas con discapaci-

dad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». En este sentido, establece que se «adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», asegurando «que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica [se] respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial».

La responsabilidad que representa la defensa de los derechos de la persona hace que la tutela y curatela se ejerzan bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que en cualquier momento puede exigir información sobre la situación de la persona y del estado de la administración de la tutela (art. 232 del Código civil), y que el tutor necesite autorización judicial para aquellas actuaciones que se considera pudieran atentar contra los derechos del tutelado (art. 271 del Código civil).

La Ley de enjuiciamiento civil establece que la sentencia que declare la limitación de la capacidad de obrar determinará «la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado» (art. 760.1), y «los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle» (art. 760.2). Asimismo, establece que «la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida» (art. 761).

Algunas posiciones, por ejemplo la expresada en la *Observación General número 1 sobre el artículo 12 (Igual reconocimiento como persona ante la ley)* del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, del 19 de mayo de 2014 (CRPD/C/GC/1), proponen abandonar lo que llaman el «paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas» (o «paradigma del interés superior»), que estiman antiguo y nefasto para la dignidad y los derechos de las personas, y sustituirlo por el «paradigma de la voluntad y las preferencias» (o «paradigma del apoyo para tomar decisiones»⁴⁶). Me parece que convertir ambas posibilidades (el interés superior y el apoyo para tomar decisiones) en dos paradigmas distintos es una equivocación; y emplazar a las personas a situarse en una u otra posibilidad, poco riguroso y bastante pernicioso. El hecho de considerar que a veces son necesarias decisiones sustitutivas en aras del mejor interés de las personas no significa en absoluto renunciar a los principios de respeto a la libertad ni a la necesidad de seguir ahondando en los apoyos necesarios para poder tomar decisiones. La respuesta al mal uso actual, por parte de jueces, tutores, familiares y profesionales, de las «incapacitaciones» incapacitantes, máxima expresión del paternalismo, no es el liberal abandono, sino el cuidado de la libertad.

9. Responsabilidad

Hans Jonas dice que el ser humano es el único ser conocido que puede tener responsabilidades, y puede tenerlas porque tiene poder y libertad:

«Quien no puede hacer nada, no tiene que responsabilizarse de nada; en cierto modo se puede decir, pues, que aquel que solo tiene una muy escasa influencia en el mundo está en la feliz situación de poder tener una buena conciencia. No tiene que estar dispuesto a responder ante ninguna instancia, ni la de su propia conciencia ni la de la historia universal o el juicio final, a la pregunta: “¿Qué has hecho?”.»⁴⁷

Pero quien puede decidir hacer algo, aunque sea decidir no hacer nada, puede elegir entre alternativas de actuación, con lo cual tiene responsabilidades. «La responsabilidad es, por tanto, complementaria a la libertad. Es el peso de la libertad de un sujeto que actúa. Soy responsable de mi acto como tal (lo mismo que de su omisión), y ello con independencia de si hay alguien que –ahora o posteriormente– me pueda hacer responsable de él»⁴⁸. Quien tiene responsabilidades, quien debe responder a las preguntas «¿qué has hecho?» y «¿por qué lo has hecho?» tiene, indefectiblemente, deberes⁴⁹.

La principal responsabilidad de los profesionales de la acción psicosocioeducativa y sociosanitaria es con las personas atendidas, sobre todo si se hallan en situación de vulnerabilidad; no con los familiares de la persona atendida, la entidad, la prensa, los jueces, etc. Cuando la responsabilidad hacia estos ocupa el primer lugar, las acciones ya no son terapéuticas o de ayuda, sino defensivas. Ya no se responde primariamente a las necesidades de la persona atendida que, con su sola presencia, reclama nuestra atención o ayuda, sino a aquel o a aquellos que nos podrán pedir cuentas.

10. Felicidad

Aunque sea brevemente, no podemos finalizar este tema sobre la libertad sin hablar de la felicidad, un fin hacia el cual todos los seres humanos tienden, como ya advirtió Aristóteles. Al hablar del paternalismo, me he referido a la advertencia de Kant de que nadie puede obligarnos a ser felices a su manera, sino que cada uno debe buscar su felicidad del modo que le parezca mejor a él; una cuestión que aquí debe ser retomada.

Curiosamente, a pesar de que la felicidad ha sido el tema estrella en ética, se habla poco de ella en ética aplicada (con la significativa excepción de los utilitaristas). Posiblemente sea debido a que la ética aplicada ha sido muy cultivada por los juristas y los principialistas, o se halla muy a gusto cerca de ellos. Y en el ámbito jurídico y que yo sepa, la felicidad no ha vuelto a aparecer en ningún texto jurídico relevante desde que la Declaración de Independencia de Estados Unidos (1776) declarase:

«Tenemos las siguientes verdades por evidentes en sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que su creador les ha otorgado derechos inherentes e inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad [...]»

Algunas personas rehúsan este término en los análisis de ética aplicada alegando su supuesta subjetividad. Es cierto que la felicidad se materializa de múltiples y variadas maneras en las pequeñas y grandes cosas de la vida de las personas, pero esto también ocurre con los derechos fundamentales y nadie considera que sean subjetivos. Por ejemplo la libertad, que también se hace realidad de múltiples y variadas maneras y nadie considera que debamos prescindir de ella por subjetiva.

Como la felicidad no ha logrado convertirse en un derecho y a fuerza de no tenerla en cuenta, en el ámbito de los servicios psicosocioeducativos y socio-sanitarios a veces se la conculca en nombre de los derechos fundamentales. Para defender la salud, la integridad física, psicológica y moral o incluso la dignidad de personas sin plena libertad reflexiva, por ejemplo, se las somete a tipos de vida que les hacen infelices. Y, a veces, este autoritarismo de los derechos proclamados sobre la felicidad se impone incluso a personas con plena libertad reflexiva, pero que por la edad o por su diversidad funcional física se hallan en situaciones de vulnerabilidad y sometidas al dictamen de los familiares o profesionales. En los centros residenciales sometidos a la autoridad de los profesionales es fácil, lamentablemente y aún en la actualidad, encontrar ejemplos de estas situaciones.

Aunque la felicidad no sea un derecho reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, es un bien primordial de la vida de las personas. Acaso sea el bien por excelencia. No cabe duda de que la felicidad debe ser orientada por la libertad reflexiva, pero pertenece al reino de lo irreflexivo y, por lo tanto, las persona sin plena libertad positiva pueden y deben alcanzarla.

11. Artículos básicos de nuestro ordenamiento jurídico sobre la autonomía y la toma de decisiones

A continuación se señalan algunos artículos de nuestro ordenamiento jurídico que hacen referencia a la capacidad de autogobierno de las personas y que son de interés para los profesionales de la acción psicosocioeducativa y sociosanitaria. Hay, evidentemente, muchos más; esto solo es una pequeñísima muestra.

1) Ley española 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. A pesar de la proclama kantiana de que la ilustración es la salida del hombre de su minoría de edad (1784), de que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamara la obligación universal del derecho a la libertad (1948) y el establecimiento de la libertad como un derecho fundamental en la Constitución española (1978), por citar solo tres hitos importantes de nuestro recorrido, hubo que esperar a la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, para iniciar la batalla contra el paternalismo profesional. En Cataluña, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica y, en España, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, profundizaron en el respeto a la libertad reflexiva de los pacientes. A pesar de que estas dos leyes se refieren al ámbito sociosanitario, sus principios pueden extrapolarse perfectamente al ámbito psicosocioeducativo. De ellas, cabe destacar los siguientes aspectos:

a) Que cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre y haya sido informada previamente.

b) Que en cualquier momento la persona afectada puede revocar libremente su consentimiento.

c) Que cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad.

d) Que las únicas excepciones a la exigencia del consentimiento son:

1. Cuando hay riesgo para la salud pública.

2. Cuando en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo no es posible conseguir la autorización de este o de sus familiares o de las personas que están vinculadas a él.

e) Que son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución:

1. Cuando el paciente, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para tomar decisiones porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación.

2. Cuando el paciente esté «incapacitado legalmente».

3. Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no incapaces, no se puede prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres deben ser informados y su opinión debe ser tenida en cuenta para tomar la decisión correspondiente.

En los casos de sustitución de la voluntad del afectado, la decisión debe ser la más objetiva y proporcional posible a favor del enfermo y debe ser respetuosa con su dignidad personal. Asimismo, el enfermo debe intervenir tanto como sea posible en la toma de decisiones.

2) El artículo 13.4 de la Ley orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establecía que:

«En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en estas edades, debe ser informado de la decisión de la mujer. Se prescinde de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provoca un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.»

Este artículo fue suprimido por el Partido Popular mediante la Ley orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para evitar que las chicas de 16 y 17 años pudieran abortar sin el conocimiento de sus padres, madres o tutores.

3) Código penal. Con respecto al uso de la libertad sexual, el Código penal establece dos franjas de edad: para los menores de dieciséis años, cualquier relación sexual con consentimiento con un adulto es considerada abuso por parte de este (art. 183); y para los mayores de dieciséis años, rigen los mismos criterios que para las personas mayores de edad.

4) Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor (modificada por la Ley orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Esta ley responde a cinco parámetros básicos:

a) Que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía de la persona, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía.

b) Que los menores de edad son sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

c) Que los menores de edad son sujetos con plenos derechos con una capacidad progresiva para ejercerlos en función de su edad y madurez.

d) Que las limitaciones que pudieran derivarse de este hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva.

e) Que la ley prima el interés superior de las personas menores de edad sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Notas

¹ J. B. Schneewind (1998). *The Invention of Autonomy. A History of Modern Moral Philosophy*. Nueva York: Cambridge University Press.

² La teoría del *tsimtsum* responde también a la cuestión de cómo pudo Dios crear el mundo de la nada, si no existía la nada puesto que todo estaba ocupado por la infinita plenitud de Dios. Y la respuesta es que, por medio de la retirada o retracción, Dios creó primero la nada, de la cual creó después el universo. G. Scholem (1974). *Major Trends in Jewish Mysticism*. Traducción castellana de B. Oberländer (1996). *Las grandes tendencias de la mística judía* (págs. 285-290). Madrid: Ediciones Siruela. El tema del encogimiento de Dios para dejar espacio a la creación y al otro es bastante recurrente en la exégesis cabalista. Ved, por ejemplo: M.-A. Ouaknin (1994). *Méditations érotiques. Essai sur Emmanuel Levinas* (pág. 62-64). París: Payot; y H. Blumenberg (1988). *Die Legitimität der Neuzeit*. Traducción castellana de P. Madrigal (2008). *La legitimidad de la Edad Moderna* (págs. 479-543). Valencia: Pre-Textos.

³ *Antiguo Testamento*, Eclesiástico (15, 14).

⁴ «Et iste est supremus gradus dignitatis in hominibus, ut scilicet non ab aliis, sed a seipsis inducantur ad bonum», Tomás de Aquino (1272?). (*Super Epistolas S. Pauli lectura. Ad Romanos* [cap. II, lectura 3, n.º 217], Turín, Marietti, 1953). Se puede considerar que esta cita de Tomás de Aquino debería contextualizarse, puesto que en la Edad Media la *dignitas* tenía un significado sociológico y no ontológico, como tiene hoy en día. Efectivamente, para los teólogos medievales el pecado privaba de *dignitas* a los seres humanos, puesto que la *dignitas* la daba la gracia santificante y no era una propiedad ontológica atribuible sin más a todo ser humano, lo cual justificaba, por ejemplo, la esclavitud o el servilismo.

⁵ H. Jonas (1983). «Evolution und Freiheit». Traducción castellana de A. Ackermann (1998). «Evolución y libertad». En: *Pensar sobre Dios y otros ensayos* (pág. 18). Barcelona: Herder.

⁶ N. Luhmann (1988). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, citado en G. Bechmann (1995). «Riesgo y desarrollo técnico-científico. Sobre la importancia social de la investigación y valoración del riesgo». *Cuadernos de Sección. Ciencias Sociales y Económicas* (n.º 2, págs. 59-98). Donostia: Eusko Ikaskuntza.

⁷ I. Kant (1788). *Kritik der praktischen Vernunft*, A 5. Traducción castellana de R. R. Aramayo (2000). *Crítica de la razón práctica*. Madrid: Alianza Editorial.

⁸ I. Kant (1781). *Kritik der reinen Vernunft*, A 5. Traducción castellana de P. Ribas (1978). *Crítica de la razón pura*. Madrid: Alfaguara.

⁹ P. López (2015). «Filósofos, creyentes, súbditos en guerra. Hobbes y Bramhall sobre la libertad y la necesidad». En: T. Hobbes (2015). *Sobre la libertad y la necesidad* (pág. 48). Madrid: Escolar y Mayo Editores.

¹⁰ T. Hobbes (1645). *Of Liberty and Necessity*. Traducción de P. López Álvarez (2015). *Sobre la libertad y la necesidad* (§ 29 y § 33). Madrid: Escolar y Mayo Editores.

¹¹ T. Hobbes (1651). *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* (cap. 21). Traducción castellana de M. Sánchez (1996). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (pág. 171). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

¹² I. Berlin (1969). «Two Concepts of Liberty». Traducción castellana de J. Bayón (2004). «Dos conceptos de libertad». En: *Cuatro ensayos sobre la libertad* (págs. 215-280). Madrid: Alianza Editorial. Adam Swift ha llegado a considerar el ensayo de Berlin como el más influyente de la filosofía política [A. Swift (2001): *Political Philosophy, Cambridge*, 2001, p. 51], a lo cual se une Quentin Skinner [Q. Skinner (2005): «La libertad de las repúblicas: ¿un tercer concepto de libertad?», *Isegoría*/33, 2005, pp. 19-49]. Martha C. Nussbaum ha criticado la diferenciación entre libertad negativa y positiva, diciendo que «La sola idea de "libertad negativa", que tan a menudo se menciona a propósito de estas cuestiones, es sencillamente incoherente: todas las libertades son positivas, pues significan la libertad

de hacer o de ser algo, y todas exigen la inhibición de la interferencia de otros. Este es un argumento en el que debemos hacer incapié, muy especialmente en Estados Unidos, donde hay bastante gente que cree que el gobierno hace mejor su trabajo cuanto más inactivo se mantiene.» [M. C. Nussbaum (2011): *Creating Capabilities. The human development approach*. Traducción castellana de A. Santos: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Barcelona: Paidós, 2012, p. 87]. Por otra parte, Immanuel Kant ya diferenció entre libertad en sentido negativo y libertad en sentido positivo, aunque con una significación un poco distinta. En Kant, la libertad en sentido negativo se refiere a un libre albedrío independiente de toda materia (objeto deseado), mientras que la libertad en sentido positivo a un libre albedrío que se rige por la ley universal [I. Kant (1788): *Kritik der praktischen Vernunft*, A 59. Traducción castellana de R. R. Aramayo: *Crítica de la razón práctica*, Madrid: Alianza Editorial, 2000].

¹³ A. Honneth (1992). *Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*. Traducción castellana de G. Calderón (2011). *El derecho de la libertad. Esbozo de una ética democrática*. Madrid: Katz.

¹⁴ Uno también podría decidir dejar de fumar porque la libertad reflexiva, que actúa en ese momento, se siente esclava de la libertad de los deseos (que no se considera libertad, sino esclavitud).

¹⁵ R. Kane (1996). *The Significance of Free Will*. Oxford: Oxford University Press.

¹⁶ Descartes dice: «[...] vient de ce que Dieu nous a donné une volonté qui n'a point de bornes. Et c'est principalement à cause de cette volonté infinie qui est en nous qu'on peut dire qu'il nous a créés à son image». R. Descartes (1639). «Carta a Mersenne del 25 de diciembre de 1639». En: J. Vrin (1988). *OEuvres de Descartes, Correspondance* (vol. II, pág. 628). París: Librairie Philosophique. Para un análisis de esta afirmación de Descartes ved: H. G. Frankfurt (1989). «Concerning the Freedom and Limits of the Will». Traducción castellana de H. Pons (2007). En: *Necesidad, volición y amor* (págs. 119-133). Buenos Aires: Katz.

¹⁷ R. Kane (1996). *The Significance of Free Will* (pág. 26). Oxford: Oxford University Press.

¹⁸ Aristóteles. *Ética Nicomáquea* (VII 1145b 25-20).

¹⁹ Tomás de Aquino. *In Ethicam* (VIII, lectura 1, n. 15, 922).

²⁰ H. G. Frankfurt (1971). «Freedom of the Will and the Concept of Person». Traducción castellana de V. I. Weinstabl; S. M. de Hagen (2006). «La libertad de la voluntad y el concepto de persona». En: *La importancia de lo que nos preocupa. Ensayos filosóficos* (págs. 25-45). Buenos Aires: Katz Editores.

²¹ G. Dworkin (1988). *The Theory and Practice of Autonomy* (pág. 20). Chicago: University of Illinois.

²² M. Moadá; A. Robles (eds.) (2009). *Documento Sitges 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluación* (pág. 45). Barcelona: Editorial Glosa.

²³ *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* habla de *ajustes razonables*, que entiende como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2). En mi clasificación, esta exigencia va más allá del ajuste razonable. Si la falta de libertad pudiera resolverse, aunque fuera con ajustes poco o nada razonables, hablaríamos de un impedimento externo o social.

²⁴ He tratado esta cuestión en: J. Canimas (2015). «¿Discapacidad o diversidad funcional?». *Siglo Cero* (vol. 46 [2], n.º 254, págs. 79-97).

²⁵ I. Kant (1793). «Sobre el tópico: Esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica». Traducción castellana de J. Alcoriza; A. Lastra (1999). *En defensa de la Ilustración* (pág. 261). Barcelona: Alba Editorial.

²⁶ J. S. Mill (1859). *On Liberty*. Traducción castellana de P. de Azcárate (1970). *Sobre la libertad* (pág. 68). Madrid: Alianza Editorial.

- ²⁷ J. Ferrater Mora; P. Cohn (1981). *Ética aplicada. Del aborto a la violencia* (págs. 167-188). Madrid: Alianza Editorial.
- ²⁸ J. S. Mill (1859). *On Liberty*. Traducción castellana de P. de Azcárate (1970). *Sobre la libertad* (págs. 142, 154, 160, 181 y 182 [cap. 5]). Madrid: Alianza Editorial.
- ²⁹ El paternalismo jurídico ha sido tratado por muchos y muy buenos autores. Para introducirse en esta cuestión puede consultarse: VV. AA. (1988). *Doxa. Cuadernos de filosofía*, n.º 5, 1988; y M. Alemany (2006). *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel.
- ³⁰ J. Feinberg (1971). «Legal Paternalism». *Canadian Journal of Philosophy* (n.º 1, págs. 105-124).
- ³¹ J. Feinberg (1986). *Harm to Self. La obra ha sido reeditada como uno de los cuatro volúmenes de The Moral Limits of the Criminal Law* (vol. 3, págs. 12-16). Nueva York: Oxford University Press.
- ³² G. Dworkin (1971). «Paternalism». En: R. A. Wasserstrom (ed.). *Morality and the Law* (págs. 107-126). Belmont: Wadsworth Publishing Co.
- ³³ J. Rawls (1971). *A Theory of justice*. Traducción castellana de M. D. González (1995). *Teoría de la justicia* (págs. 25 y 234). Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- ³⁴ E. Guisán (1993). *Esperanza sin religión. Para una educación cívica laica* (págs. 100-101). Madrid: Alianza Editorial.
- ³⁵ R. Dworkin (2011). *Justice for Hedgehogs*. Traducción castellana de H. Pons (2014). *Justicia para erizos* (pág. 440). México: Fondo de Cultura Económica.
- ³⁶ R. Dworkin (1990). *Foundations of Liberal Equality*. Traducción castellana de A. Domènech (1993). *Ética privada e igualitarismo político* (pág. 143). Barcelona: Paidós – UAB.
- ³⁷ T. L. Beauchamp; J. F. Childress (1979). *Principles of Biomedical Ethics*. Traducción castellana de T. Gracia; F. Javier Júdez; Lydia Feito (2002). *Principios de ética biomédica* (pág. 265). Barcelona: Masson.
- ³⁸ M. Atienza (1989). «Paternalismo y consenso». En: J. Muguerza y otros (1989). *El fundamento de los derechos humanos* (pág. 83). Madrid: Editorial Debate.
- ³⁹ M. Alemany (2006). *El paternalismo jurídico* (pág. 423). Madrid: Iustel.
- ⁴⁰ Por ejemplo: A. E. Buchanan; D. W. Brock (1990). *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*. Traducción castellana de L. E. Manríquez; L. Lecuona; C. Chávez (2009). *Decidir por otros. Ética de la toma de decisiones subrogada*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ⁴¹ He tratado la diferenciación entre medidas proteccionistas y perfeccionistas en: J. Canimas (2015). «¿Discapacidad o diversidad funcional?». *Siglo Cero* (vol. 46 [2], n.º 254, págs. 79-97).
- ⁴² M. Alemany (2006). *El paternalismo jurídico* (pág. 395). Madrid: Iustel.
- ⁴³ J. Rawls (1971). *A Theory of justice*. Traducción castellana de M. D. González (1995). *Teoría de la justicia* (pág. 234). Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- ⁴⁴ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de enjuiciamiento civil de la normativa tributaria con esta finalidad.
- ⁴⁵ El título X del Código civil («De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados») prevé las figuras del tutor (protección más completa), curador (protección solo para aquellos actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos y que la sentencia señala expresamente que gozarán de asistencia por parte de un cuidador), defensor judicial y guardador de hecho.

⁴⁶ He criticado esta «Observación» en: J. Canimas (2016). «Decidir por el otro a veces es necesario. A propósito de la Observación General N° 1 (2014) del comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». En: *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*. Barcelona: Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols Lucas (n.º 39).

⁴⁷ H. Jonas (1985). *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*. Traducción castellana de C. Fortea (1997). *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de la responsabilidad* (pág. 177). Barcelona: Paidós.

⁴⁸ H. Jonas (1985). «Zur ontologischen Grundlegung einer Zukunftsethik». Traducción castellana de A. Ackermann (1998). «La fundamentación ontológica de una ética cara al futuro». En: *Pensar sobre Dios y otros ensayos* (págs. 137-138). Barcelona: Herder.

⁴⁹ H. Jonas (1979). *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Traducción castellana de J. M. Fernández (1995). *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder.