

DEL PATERNALISMO AL FRATERNALISMO PENAL

FROM PATERNALISM TO PENAL FRATERNALISM

MARIO CATERINI
Università della Calabria

Fecha de recepción: 25-5-15

Fecha de aceptación: 5-2-16

Resumen: *El presente trabajo ofrece algunas consideraciones teóricas sobre el paternalismo y la voluntad autolesiva, analizando la relación entre el constitucionalismo social y los modernos sistemas penales de los Estados de derecho y eleva la perspectiva hacia el así llamado 'fraternalismo' liberal-solidario, concepto compatible con un enfoque moderadamente antipaternalista. La investigación, luego, se centra en el tema de la autodeterminación en una óptica neurocientífica y describe las posibles opciones de regulación en caso de errores cognitivos típicos; las eximentes procedimentales se indican como herramientas de solución y conciliación entre un enfoque solidario y otro moderadamente antipaternalista. El modelo descrito, definido como una procedimentalización para contrarrestar eventuales errores cognitivos típicos, se aplica a la hipótesis ejemplarizadora de la legalización de las drogas; ocasión, esta, también para proponer el uso del principio de ofensividad para limitar el concepto de "daño a los demás" y aclarar el rol de la sanción penal en la procedimentalización dirigida a paliar las vulnerabilidades cognitivas. Las conclusiones se dedican a la libertad de 'equivocarse' conscientemente a su propio detrimento y a la posibilidad de recurrir al llamado derecho 'fraterno' en oposición al derecho 'paterno'. La visión 'fraterna' del derecho penal puede legitimar esas normas dirigidas a 'contener', dentro de ciertos límites, las opciones que a primera vista son autolesivas, cuando estas pueden ser el resultado de limitaciones cognitivas. El Estado, por tanto, no está legitimado a actuar como un 'padre', sino más bien como una especie de 'hermano' con el papel de proponer, encaminar pero sin imponer una visión totalizadora del bien de los demás.*

Abstract: *The paper, after theoretical preliminary observations, as regards paternalism and self-harm will, starting from the relationship existing between social constitutionalism and the modern penal systems of the rule of law, opens*

a perspective towards a well defined concept of liberal-solidarity based 'fraternalism', being compatible with a quite moderate anti-paternalistic approach. The research, then, is focused on self-determination, within a neuroscientific context, describing the possible options of regulation, in case typical cognitive mistakes are made and then showing a possible solution in exculpatory procedures, an instrument considered to be useful for balancing the solidarity based approach with the quite moderate antipaternalistic approach. The model here described, can be defined as a proceduralization aiming at avoiding any possible typical cognitive mistakes, and applied to the exemplifying hypothesis of drug legalization, this is also an opportunity to suggest the use of the harm principle as an useful instrument for delimiting the concept of "harm to others", as well as for defining the possible role of the penal sanction in the procedure aiming at contrasting cognitive vulnerabilities. Conclusions are consciously focused on the freedom of 'making mistakes' to one's own harm, with a solution falling within the so called 'fraternal' law, which opposes the concept of 'paternal' law. The 'fraternal' point of view of penal law is able to legitimate those rules aiming at 'containing', within certain limits, choices that at first seem to be of a self-harm kind, when they can be the product of cognitive limitations. The State, then, is not legitimated to behave like a 'father', but rather like a kind of older 'brother' having the task of suggesting, orienting, without imposing, a totalitarian view of the others' good.

Palabras clave: libertad de autodeterminación, voluntad autolesiva, paternalismo, errores cognitivos, eximentes procedimentales, obligaciones de tutela, libertad de equivocarse

Keywords: self-determination freedom, self-harm will, paternalism, cognitive mistakes, justifying procedures, protection duties, freedom of making mistakes

1. PATERNALISMO VS. LIBERTAD AUTOLESIVA

Paternalismo jurídico hace referencia a la idea según la cual el Estado puede usar la fuerza, contra la voluntad de un individuo adulto, en el caso en que sus elecciones resulten libres y racionales, con el fin de tutelar un interés calificado como el bien del individuo mismo¹. El fundamento original

¹ Acerca del concepto general de paternalismo véanse G. DWORKIN, "Paternalism", en R.A. WASSERSTROM (ed.), *Morality and the Law*, Belmont, 1971, reimpr. en R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, 1983, p. 20; J. FEINBERG, "Legal Paternalism", *ivi*, p. 3; J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, 1983, p. 3 ss.; D. VAN DE VEER, *Paternalistic Intervention*, Princeton, 1986, p. 16 ss.; en la literatura española véanse E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, num. 5, 1988, p. 156 ss.; M.V. CAMPS CERVERA, "Paternalismo y bien común", *ivi*, p. 195 ss.;

de esta concepción se puede encontrar en la influencia que los dogmas religiosos han tenido en el derecho penal pre-ilustración, con una superposición entre el concepto de delito y el de pecado². Los principios de la Ilustración formaron el manifiesto de la dirección liberal, que se desarrolló en los pensamientos anglosajones. Muy conocido fue el de Mill, según el cual la única justificación para limitar la libertad de acción de un individuo es la de evitar un daño a los demás. El bien, sea este físico o moral, del individuo que actúa, no es una justificación suficiente³.

Por otra parte, además de la de origen teológico, han sido concebidas más argumentaciones en favor del paternalismo⁴. Por ejemplo, el perfeccionismo moral que puede excederse en un verdadero moralismo jurídico⁵, según el cual el Estado tiene el deber de orientar con la persuasión o, si es necesario, con la fuerza, hacia una moral ideal de excelencia y, entonces, prohibir también acciones consideradas moralmente inaceptables aunque se perjudique a sí mismo, cuando esto es incompatible con el cultivo de algunas virtudes⁶. Además, ha sido utilizada la argumentación utilitarista en la versión

M.A. RAMIRO AVILÉS, "A vueltas con el paternalismo jurídico", *Derechos y libertades*, num. 15, época II, 2006, p. 211 ss.; M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, Madrid, 2006, *passim*; en Italia para más información acerca del paternalismo jurídico, para todos, E. DICIOTTI, "Paternalismo", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986, p. 557 ss.

² Cfr. B. SCHÜNEMANN, "La critica al paternalismo giuridico-penale. Un lavoro di Sisifo?!", *i-lex*, num. 19, 2013, p. 312 ss.

³ "Nadie puede ser obligado a realizar o no realizar determinados actos, porque es mejor para él, porque le haría más feliz, porque, según los demás, hacerlo sería más acertado o incluso justo. Éstas son buenas razones para discutir, razonar y persuadir, pero no para obligar o causar algún daño a alguien si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta con la que tratar de disuadir produciría un daño a alguien más"; cfr. J.S. MILL, *Sobre la libertad* (1859), traducción española de P. de Azcárate, Madrid, 1999, p. 68; ID., *Principios de economía política* (1848), edición en español, Fondo de cultura económica, Ciudad de México, 2001, p. 806.

⁴ Para un examen de las diferentes doctrinas, morales y políticas, en razón de su contenido más o menos paternalista o antipaternalista, en Italia véase E. DICIOTTI, "Paternalismo", cit., p. 557 ss.; ID., "La giustificazione paternalistica di norme", *Studi senesi*, 100, 1988, p. 76 ss.

⁵ Sobre la diferencia entre paternalismo, moralismo jurídico y perfeccionismo, M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 162 ss. y p. 384 ss.

⁶ Partidarios del moralismo jurídico han sido, en el siglo XIX, J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, London, 1874, en abierta polémica con Mill; en el siglo XX, P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1959, en un debate con las posiciones de H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality* (1963), traducción al español por M.A. Ramiro Avilés, *Derecho, libertad y moralidad*, Madrid, 2006; para una amplia reconstrucción de este debate cfr. M.A. RAMIRO AVILÉS, "A vueltas con el moralismo legal", (prólogo a la edición castellana de Hart, *Law*,

holística, según la cual el individuo es parte imprescindible de la sociedad y una vez que crea relaciones con otros individuos, estas relaciones no pueden ser interrumpidas legítimamente, sin que eso perjudique, precisamente, a los demás, a la colectividad⁷.

En el debate angloamericano de la segunda mitad del siglo XX, por otra parte, parecen que han predominado las ideas contra el moralismo y el paternalismo jurídico, encarnadas en el *harm principle* (en ciertas formas comparable con el principio de ofensividad de la Europa continental)⁸, centrado en la posibilidad de sancionar solo como resultado del daño producido a los demás y no a sí mismos⁹. Sobre este tema es esencial la construcción teó-

Liberty and Morality), Madrid, 2006, p. 9 ss.; H. HÄYRY, "Liberalism and Legal Moralism: The Hart - Devlin Debate and Beyond", *Ratio Juris*, num. 4, 1991, p. 202 ss.; G. DÍAZ PINTOS, *Autonomía y paternalismo*, tesis doctoral Universidad de Castilla-La Mancha, 1993, p. 45 ss. En castellano, además, se pueden consultar las siguientes referencias para obtener más información sobre la polémica entre Devlin y Hart: J.A. RAMOS PASCUA, "Promoción activa e imposición coactiva de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, num. 28, 1988, p. 447 ss.; F. LAPORTA SAN MIGUEL, *Entre el derecho y la moral*, Puebla, 1993; J.R. PÁRAMO ARGÜELLES, "El moralismo legal contraataca", *Doxa*, n. 15-16, 1994, p. 571 ss.; J. MÁLEM SEÑA, *Estudios de ética jurídica*, Puebla, 1996; J.G. RIDDALL, "¿No debería estar permitido. La imposición de la moral!", *Teoría del derecho*, Barcelona, 1999, p. 231 ss.; M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 111 ss. Más recientemente F. BIONDO, "Las virtudes cívicas y la cuestión de la estabilidad. ¿Hacia un perfeccionismo liberal?", *Derechos y Libertades*, num. 25, época II, 2011, p. 179 ss., expone la razón de una cierta versión del perfeccionismo liberal que puede a la vez considerar el papel de las virtudes cívicas sin constituir una forma de paternalismo legal.

⁷ El argumento utilitarista/holístico es discutido y refutado precisamente por J.S. MILL, *Sobre la libertad*, cit., p. 82. Acerca de la polivalencia del utilitarismo y la dificultad de estas doctrinas para proporcionar completo apoyo a las posiciones decididamente antipaternalistas, véase E. DICIOTTI, "Preferenze, autonomia e paternalismo", *Ragion pratica*, num. 24, 2005, p. 103 ss. Acerca del contraste entre organicismo y liberalismo, véase N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006, p. 62 ss.

⁸ A pesar de las diferentes matrices ideológicas, resultan bastante evidentes las analogías entre el pensamiento liberal antipaternalista y el inspirado en el principio de ofensividad. Acerca de estos temas véase J. BERNAL DEL CASTILLO, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, 2011, p. 74 ss.; G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (ed.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, *passim*. Específicamente, en una idea de conciliación entre las teorías, véase A. VON HIRSCH, "Der Rechtsgutsbegriff und das 'Harm Principle'", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, p. 2 ss. Sobre el tema véanse también W. WOHLERS, *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*, *ivi*, p. 16 ss.; R. HEFENDEHL, "Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur", *ivi*, p. 20.

⁹ Para la definición de los conceptos de daño (*harm*) y de molestia (*offense*) en la perspectiva de Feinberg, véanse M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 192 ss.; A. VON

rica muy puntual de Feinberg, que se funda en la autodeterminación como derecho fundamental, como un valor en sí mismo, prescindiendo de la consideración que las elecciones son más o menos ventajosas o buenas, según los criterios seleccionados por los demás o por la colectividad¹⁰. De ahí la oposición al paternalismo, tanto en la forma directa, o sea cuando la pretensión sancionatoria está dirigida a contrastar acciones que conciernen solo a uno mismo; en la forma indirecta, es decir cuando la situación implica dos personas, donde uno cumple la acción hacia el otro, con su aprobación o con su deseo, según la máxima *volenti non fit iniuria*¹¹.

2. EL ANTIPATERNALISMO MODERADO Y LA REAL VOLUNTAD AUTOLESIVA

El verdadero paternalismo es el que se define *hard* o fuerte o sea que limita la autodeterminación de un individuo, adulto, capaz y adecuadamente en condiciones de tomar libremente decisiones; no es verdadero paternalismo, en cambio, el *soft* o blando, o sea dirigido a limitar las elecciones autolesivas no completa o efectivamente voluntarias¹². En este último caso se trata también de un modelo antipaternalista, definido como moderado¹³.

HIRSH, "Il concetto di 'danno' e 'molestia' come criterio politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica angloamericana", en G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (ed.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., p. 30 ss.; para más información, específicamente, acerca del concepto de *offense*, véase M. DONINI, "'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"*offense*" di Joel Feinberg", en A. CADOPPI (ed.), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, 2010, p. 41 ss.

¹⁰ J. FEINBERG, *Harm to Others*, New York, 1984, p. 115 ss.; ID., *Harm to Self*, New York, 1986, p. 11, p. 65.

¹¹ Véase J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 11 ss., p. 100, también por lo que concierne al análisis de múltiples casos de inoperatividad del principio *volenti non fit iniuria*. Sobre el tema véase también G. JAKOBS, "Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem", en *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, München, 1998, p. 14 ss.; A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, "'Indirekter' Paternalismus im Strafrecht - am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 154, 2007, p. 671 ss.; M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 184-185.

¹² Según J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 12 ss.: "*Soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct [...] when but only when that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not*". Sobre el paternalismo duro (o fuerte) y el paternalismo blando (o débil), en España véase M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 186 ss.

¹³ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., pp. 15-16.

Sin poder analizar detenidamente, en esta ocasión, los diferentes requisitos de la voluntariedad de las elecciones trazados por Feinberg¹⁴, se puede afirmar, sin embargo, que el antipaternalismo moderado no permite al Estado usar la fuerza contra la voluntad de un individuo adulto en pleno uso de sus facultades mentales, con el fin de evitar que ocasione a sí mismo lo que se considera un daño, si su voluntad se ha formulado de manera racional, se basa en el conocimiento de los hechos relevantes, es estable en el tiempo y suficientemente libre de coacción o presiones¹⁵. Si el consentimiento no es irregular en este sentido, la autodeterminación del individuo no puede ser limitada si no provoca daños a los demás¹⁶.

Razonando de esta manera, también el antipaternalismo, el moderado, que admite la posibilidad de criticar algunas elecciones con efectos solo en uno mismo, según un paradigma ideal de racionalidad, y permite, *a fortiori* en los casos de [anti]paternalismo indirecto, la posibilidad de sancionar a quien actúa ocasionando daño a los demás sobre la base de un consentimiento irracional, de una voluntad falaz. El problema fundamental del antipaternalismo moderado es limitar con precisión las hipótesis según las cuales el Estado tiene derecho a limitar las elecciones de los adultos, aparentemente conformes, racionales y competentes, o sea describir adecuadamente un concepto idealtípico de racionalidad y competencia¹⁷. Las dificultades intrínse-

¹⁴ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 98 ss., p. 189 ss., de hecho ha trazado y detallado hábilmente los requisitos de la voluntariedad de las elecciones, a través de varios pasos: asunción de riesgos personales, distinción entre voluntariedad, razonabilidad y racionalidad, *standard* de la voluntariedad en el caso de paternalismo directo e indirecto, mediante los conceptos de violencia, error, ignorancia.

¹⁵ J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, cit., p. 3 ss.; ID., *Harm to Self*, cit., p. 104, con el fin de calificar como voluntaria una acción autolesiva, pone particular énfasis, en la información completa que el sujeto que actúa tiene que poseer de los hechos relevantes y de las posibles consecuencias, además de la necesidad de que la elección no sea desviada por una interpretación equivocada de la realidad.

¹⁶ Sobre la justificación del paternalismo y la estrategia del paternalismo blando, véase M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 206 ss.

¹⁷ Sobre la cuestión de la competencia, véase E. GARZÓN VALDÉS, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, cit., p. 165 ss. M.A. RAMIRO AVILÉS, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, cit., spec. p. 224 ss., se justifica un concepto de paternalismo a través de la “incompetencia básica” de las personas. Para una síntesis de las diferentes teorías dirigidas a probar esta reconstrucción, véase E. DICIOTTI, “Paternalismo”, cit., p. 578 ss. Más recientemente, acerca de la posibilidad de identificar una ‘voluntad falaz’ en individuos presumiblemente conscientes, véase R. ARNESON, “Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism”, *Legal Theory*, 2005, p. 275 ss.

cas –que no permiten delimitar con precisión este paradigma ideal–, ocasionadas por este mismo hecho, sin embargo, no permiten, por un lado, negar la posibilidad de que los adultos, aparentemente racionales y competentes, posean una voluntad ‘irregular’; y, por el otro, admitir que cualquier elección tomada por un individuo, presuntamente, no incapaz, sea expresión de su completa, íntima, consciente y libre voluntad. Los condicionamientos que cada individuo recibe por el exterior tal como las inducciones culturales y sociales, además de sus carencias deliberativas debidas a límites cognitivos o a la falta de información¹⁸, hace que sea difícil de negar que ocurren situaciones en las cuales individuos adultos y presuntamente en pleno uso de sus facultades, hacen unas elecciones que, en ausencia de esas influencias externas o de esas carencias cognitivas, probablemente no habrían hecho¹⁹.

La cuestión, entonces, radica en la dificultad de discernir las elecciones fruto de una auténtica y completa voluntad, de aquellas resultantes de una proposición falaz, no auténtica, en cuanto las razones efectivas de las conductas humanas quedan en gran parte indescifrables²⁰. Por otra parte, frente a esta inaprensibilidad –o sea frente a la duda de que la voluntad autolesiva sea verdaderamente genuina o ficticia–, legitimar el instrumento penal, con órdenes o prohibiciones absolutas, con el fin de proteger lo que el Estado considera el bien del individuo o lo que debería ser su auténtica voluntad racional, significaría, por un lado, imponer con la fuerza un modelo de comportamiento en desacato de la libertad de autodeterminación, y, por el otro, afirmar una idea objetiva y universal de “bien” (en cambio fruto también de

¹⁸ Sobre la información incompleta y asimétrica, véase M.Á. RAMIRO AVILÉS, F. LOBO, “La justificación de las políticas de salud pública desde la ética y la eficiencia económica: informe SESPAS 2010”, *Gaceta Sanitaria*, vol. 24, supl. 1, 2010, p. 120 ss., spec. p. 123.

¹⁹ Coherentemente también J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 35, p. 46, habla de estos condicionamientos sociales. Un análisis de los factores que pueden impedir la completa voluntariedad de las elecciones ha sido desarrollada por J.D. HODSON, *The Ethics of Legal Coercion*, Dordrecht, 1983, p. 43 ss.

²⁰ Según algunos neurocientíficos, el libre albedrío no existe y es una mera ‘ilusión’ creada por las estructuras cognitivas del hombre. Sobre el tema véase D.M. WEGNER, *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, 2002, *passim*; en español, véase el volumen del filósofo norteamericano J.R. SEARLE, *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Barcelona, 2004; más en general, R. BARTRA, *Antropología del cerebro. Conciencia, cultura y libre albedrío*, 2ª ed., Valencia, 2014; en Italia, M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (editado por), *Siamo davvero liberi?*, Torino, 2010, *passim*. En la literatura penalística, recientemente, véase O. DI GIOVINE, “La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 626 ss.; además S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 87.

una visión subjetiva y particular), incompatible con un ordenamiento pluralista y laico.

3. EL 'FRATERNALISMO' LIBERAL-SOLIDARIO DE LOS ESTADOS SOCIALES DE DERECHO

Non mantenemos en el ámbito de la clásica construcción antipaternalista, tendencialmente restrictiva de la punibilidad, y se puede afirmar que ésta pertenece al empíreo teórico y se basa en principios 'morales' dirigidos a un legislador 'ideal'²¹. Para intentar entender qué parte de esta idealidad tiene relación con los ordenamientos jurídicos, es necesario analizar si estos principios se reflejan en las normas positivas y, en primer lugar, en las normas constitucionales que representan el proyecto de un Estado.

El lema de la revolución francesa: "libertad, igualdad, fraternidad", puede considerarse inmanente a la evolución del constitucionalismo moderno, representando aquel *minimum* de ideas de regulación de carácter general formando la base axiológica del orden social²². Un modelo de sociedad, entonces, construido alrededor de un estatuto deontológico fundado en valores recogidos en el pacto constitucional que trazan el "deber ser" de un Estado. Muchas Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, por un lado, conservan la configuración ilustrada y liberal, deducible de la afirmación solemne de la libertad del hombre; por otro lado, contienen muchas veces incluso una dimensión solidaria típica de los Estados sociales, dirigida a la promoción de la igualdad también en sentido sustancial.

La Constitución española de 1978 (tal como, por ejemplo, la francesa, alemana, italiana y portuguesa), junto con el reconocimiento de las libertades fundamentales, tiene una clara estructura solidaria. España es un Estado social y democrático que defiende como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1). Por un lado, se garantizan las libertades fundamentales, entre las cuales la ideológica, religiosa y de culto (art. 16), la personal (art. 17) y de pensamien-

²¹ J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 4, de hecho, afirma que él quiere ofrecer una serie coherente y compartible de principios 'morales' y que un legislador 'ideal' en un País democrático debería aplicarlas en la elaboración de normas penales.

²² Sobre el desarrollo de la positivización de las aspiraciones a la justicia social y a la solidaridad, ya surgidas durante la revolución francesa, véase G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, 1995.

to (art. 20); por el otro, se afirman, entre otros, el derecho a la educación dirigido al completo desarrollo de la personalidad humana (art. 27), además del derecho a la protección de la salud (art. 43). La Constitución española, en la perspectiva solidaria, otorga a los poderes públicos el deber de promocionar las condiciones a fin de que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos a los cuales participa sean reales y efectivos, además de eliminar los obstáculos que impiden o hacen difícil su realización (art. 9); impone a los poderes públicos, en fin, promocionar las condiciones favorables para el progreso social y económico (art. 40)²³.

Se puede afirmar, entonces, después de la Segunda Guerra Mundial que se ha formado un conjunto de ordenamientos constitucionales inspirados en principios sustancialmente homogéneos, típicos de las llamadas democracias occidentales. Aunque con acentos más o menos marcados y profundidad no siempre coincidentes, su sustancial uniformidad resulta de su acogida en la mayor parte de la tradición constitucional liberal, cuyos principios son reinterpretados a la luz de las modernas exigencias de los sistemas pluralistas. La laicidad, entendida como tutela del pluralismo, debería entonces representar un principio inspirador también de la legislación penal constitucionalmente orientada, que impone al Estado una posición neutral según una cierta moral o religión, incluso en relación con las elecciones consideradas autolesivas²⁴.

Parece bastante clara, entonces, la matriz liberal antidogmática de los sistemas constitucionales pluralistas, en los que no hay espacio para una presunción de verdad absoluta típica del monopolio totalitario. Con las palabras de Einaudi se puede decir que el método de la libertad “reconoce desde

²³ Acerca de la naturaleza del sistema constitucional español como Estado social de derecho, véanse E. CARMONA CUENCA, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, 2000; F. GONZALEZ NAVARRO, *El Estado social y democrático de derecho*, Pamplona, 1992; A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1990. Más específicamente sobre el tema de la solidaridad véase J. TAIDURA TAJADA, “El principio de solidaridad en el Estado Autonómico”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, p. 69 ss.

²⁴ Es el concepto de “neutralidad de propósitos” de J. RAWLS, *El liberalismo político*, Barcelona, 2004, p. 227. Sobre el tema véase también M.J. ROCA, “La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia”, *Revista española de derecho constitucional*, 1996, p. 251 ss. Bajo el perfil penal, véase F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1998, p. 90; así como, en Italia, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 225 ss., específicamente p. 245; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 30 ss.; ID., “Danno” e “offesa”, cit., p. 63, nota n. 36.

el principio el poder de hallarse en el error”²⁵. El pluralismo, considerado un meta-valor²⁶, si no implica la condescendencia hacia cualquier afirmación, surge de la idea según la cual ningún principio es depositario de la verdad única. La brújula pluralista, así, dibuja un sistema abierto que evita una tiranía de valores de algunos sobre los demás²⁷. Siendo un meta-valor, el pluralismo no permite de por sí llegar a un equilibrio estable entre principios contradictorios, que en cambio interactúan y el legislador debe encontrar su composición dentro, no obstante, de los límites de las Constituciones, que desde este punto de vista ponen “los puntos irrenunciables de cualquier combinación”²⁸.

La naturaleza social de las democracias occidentales, además, impone una solidaridad pública, o sea un modelo que se refiere a la acción del Estado hacia los ciudadanos. Se habla de solidaridad ‘vertical’: del Estado hacia los ciudadanos, para distinguirla de la solidaridad ‘horizontal’ entre ciudadanos²⁹. A diferencia del modelo puramente liberal, el Estado social de derecho no puede limitarse a reconocer los derechos de los asociados, sino que tiene la obligación de desarrollar actividades concretas en favor de los intereses protegidos por el ordenamiento, empezando desde los derechos fundamentales. La armonización entre el principio liberal y el solidario constituye la dimensión moderna dentro de la cual hay que evaluar si el legislador está facultado para promulgar normas penales paternalistas. Los puntos cardinales axiológicos, entonces, son: persona, libertad, solidaridad e igualdad; una brújula que no es de matriz liberal clásica, sino que se enriquece de una componente solidaria igualitaria, la cual parece compatible con el concepto de antipaternalismo moderado, y que, en cambio, no parece ofrecer espacio a formas de verdadero paternalismo, en cuanto solidaridad y eliminación de obstáculos, quieren decir reconocer el derecho de cada uno a perseguir

²⁵ L. EINAUDI, *Prediche inutili*, Torino, 1959, p. 60.

²⁶ Según G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de M. Gascón, Madrid, 1995, p. 14 ss., en una Constitución democrática asume carácter absoluto solo un meta-valor que se expresa, para el aspecto sustancial, en el imperativo del mantenimiento del pluralismo de los valores. Sobre el tema véase también A. DE JULIOS-CAMPUZANO, “El Estado constitucional ante la teoría jurídica”, en A. DE JULIOS-CAMPUZANO (editado por), *El horizonte constitucional. Ciencia jurídica, derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, Madrid, 2014, p. 89-90.

²⁷ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 26 ss.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 97 ss.

²⁹ Sobre la diferencia véase I. ZUBERO, *Las nuevas condiciones de la solidaridad*, Bilbao, 1994; S. GALEOTTI, “Il valore della solidarietà”, *Diritto e società*, 1996, p. 10, que utiliza también los términos de solidaridad paterna (aquella ‘vertical’) y fraterna (aquella ‘horizontal’).

su ‘propio bien’ incluso mediante el auxilio del Estado, libremente aceptado pero no representan la obligación de aceptar el ‘verdadero bien’ según otros, mediante la imposición de un supuesto auxilio³⁰.

La perspectiva liberal-solidaria es útil para legitimar el antipaternalismo moderado, y, específicamente, aquellas normas dirigidas a regular situaciones en las cuales parece coherente ‘limitar’, hasta un cierto punto, las elecciones autolesivas de un individuo adulto y capaz, cuando, por ejemplo, estas elecciones pueden ser fruto de límites o errores cognitivos. El Estado, por lo tanto, en esta visión liberal-solidaria, no parece legitimado a actuar de ‘padre’, sino más bien como una especie de ‘hermano’ mayor que tiene el deber de aconsejar, orientar, proteger, sin imponer prohibiciones absolutas. El razonamiento vuelve al lema triádico de la revolución francesa, en el cual la fraternidad asume los rasgos de la solidaridad ‘vertical’ propia de los Estados sociales modernos³¹, legitimando de esta manera un modelo que se podría definir ‘fraternalismo’ penal³².

Esta ‘fraterna’ visión recuerda a la mente el constitucionalismo social que está cada vez más en conflicto con las llamadas constituciones materiales, es decir, con el proceso de deconstitucionalización que, entre otras cosas, conlleva un alto grado de ineficacia del paradigma del Estado social de derecho³³. Las Constituciones formales se presentan “heridas”³⁴, “asaltadas”³⁵, y en Europa surge la pregunta sobre su capacidad normativa residual³⁶. Las

³⁰ En este sentido A. CAVALIERE, “Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale”, *i-lex*, num. 20, 2013, p. 436.

³¹ E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, 1994, trad. it. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, editado por C. Amirante, Torino, 1998, p. 58.

³² Sobre el tema de la fraternidad como principio del ordenamiento jurídico según una perspectiva solidaria, véase A.M. BAGGIO, A. COSEDDU, A. MÁRQUEZ PRIETO (coord.), *Fraternidad y justicia*, Granada, 2012; A.M. BAGGIO, *El principio olvidado: la fraternidad. En la política y el derecho*, Buenos Aires, 2006; en Italia, F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana.*, Roma, 2012; A. MARZANATI, A. MATTIONI (ed.), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, *passim* y en particular la aportación de F. GIUFFRÈ, “Il rilievo giuridico della fraternità nel rinnovamento dello Stato sociale”, p. 201 ss.

³³ L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, 2011; A. BRANDALISE, “Democrazia e deconstituzionalizzazione”, *Filosofia politica*, num. 3, 2006, p. 403 ss.

³⁴ A. PIZZORUSSO, *La costituzione ferita*, Roma - Bari, 1999.

³⁵ L. ELIA, *La costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, 2005.

³⁶ D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1991; G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (ed.), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996.

razones de esta pérdida de centralidad de las Constituciones, como sabemos, son múltiples: la llamada globalización, el proceso constitucional europeo, los altos costos del Estado social de derecho y el supuesto exceso de solidaridad que daría lugar a un vaciado de la efectividad de valor de las Constituciones³⁷.

Es innegable que el intento es volver a dibujar las jerarquías sociales, eso no quiere decir que el fraternalismo –como expresión de la solidaridad y del Estado social de derecho– debe seguir siendo un objetivo hacia el que se anhele, un “deber ser” de un Estado, aún más cuando entran en juego los derechos fundamentales, como los contemplados por el derecho penal. Negar esto, sería dar marcha atrás al reloj de la historia, rechazando el progreso social, al menos tal como principios, que con tanto esfuerzo muchas democracias occidentales han logrado.

4. LA AUTODETERMINACIÓN EN LA ÓPTICA NEUROCIENTÍFICA Y EL ANTIPATERNALISMO MODERADO

El ideal filosófico de autonomía como fundamento del antipaternalismo, puede entrar en fricción con el real funcionamiento de la mente humana, según los actuales saberes de la psicología y en general de las neurociencias. Sin poder entrar en detalle acerca de estas teorías, es posible sin embargo recordar que, según algunos estudios de psicología cognitiva, en cada persona existen dos sistemas de pensamiento: uno, anatómico e intuitivo, que conduce a las reacciones rápidas e inconscientes; el otro, racional y reflexivo, que supervisa el comportamiento consciente, controlado, deductivo³⁸. La concurrencia entre estos dos sistemas, en combinación con las heurísticas (“atajos mentales”, o sea las elaboraciones psíquicas ejemplificadas dirigidas a llegar al objetivo en poco tiempo y con mínimo esfuerzo cognitivo), determinan

³⁷ Sobre la crisis del Estado social, véase G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, 1995, p. 318 ss.; M.Á. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1997; más recientemente L.M. LLOREDO ALIX, “¿Estamos ante un cambio de paradigma en la filosofía del derecho? El neoconstitucionalismo y la crisis del Estado social”, en A. DE JULIOS-CAMPUZANO (ed.), *El horizonte constitucional. Ciencia jurídica, derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, Madrid, 2014, p. 49 ss.

³⁸ La referencia es a los fundamentales estudios de D.E. KAHNEMAN, A. TVERSKY, “Prospect theory: an analysis of decision under risk”, *Econometrica*, num. 47, 1979, p. 263 ss.; ID., *Choices, values, and frames*, New York, 2000, ahora confluidos en D. KHANEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, traducción de J. Chamorro Mielke, Barcelona, 2012.

errores característicos (*biases*) que impiden tomar las elecciones mejores en el interés del individuo. Esto tiende a demostrar que un modelo que se base en la noción de agente racional es inadecuado a describir los reales comportamientos decisionales³⁹.

Si existen innatos límites cognitivos de racionalidad de las decisiones, se puede considerar que no son paternalistas, o que lo son pero solo moderadamente, aquellas normas que tienden a ‘influenciar’ las elecciones de los individuos hacia conductas no autolesivas; siempre preservando la libertad final de elección, o sea sin constricciones, pero haciendo que, eventualmente, el individuo mismo se convenza, en base a un juicio *a posteriori*, que aquello sea efectivamente su bien⁴⁰. La moderación de este antipaternalismo reside en

³⁹ Heurísticas y *biases* son tendencias, principios o procedimientos que pueden conducir a graves y sistemáticos errores: “las personas confían en un número limitado de principios heurísticos, lo que reduce las complejas tareas de evaluación de probabilidades y de predicción de resultados, a unas operaciones de juicio más simples. En general, estas heurísticas son bastante útiles, pero algunas veces conducen a graves y sistemáticos errores”, cfr. A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, “Judgment under uncertainty: heuristics and biases”, en D. KAHNEMAN, P. SLOVIC, A. TVERSKY (editado por), *Judgment under uncertainty. Heuristics and biases*, New York, p. 3. Deducimos que la investigación en este ámbito nos proporciona una respuesta afirmativa a la pregunta acerca de si la irrazonabilidad humana puede ser demostrada a través de experimentos; cfr. P.C. WASON, “Realism and rationality in the selection task”, *Thinking and reasoning*, 1983, p. 59. Sobre los estudios en español J.C. DE CARLOS, “Después de Kahneman y Tversky. ¿Qué queda de la Teoría Económica?”, *Revista de economía y estadística*, num. 18, 2005, p. 55 ss.; M. PIATTELLI PALMARINI, *Los túneles de la mente ¿Qué se esconde tras nuestros errores?*, traducción castellana de M. Pons, Barcelona, 2005; H. XIANG, “Hacia una imagen contextualista de la Racionalidad”, *Praxis*, 2008, p. 103 ss. En una perspectiva filosófica y sociológica, más reciente véase J. ELSTER, *La voluntad débole*, Bologna, 2008, *passim*.

⁴⁰ Se trata del llamado paternalismo libertario de R.H. THALER, C.S. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven - London, 2008, p. 5, ahora *Un pequeño empujón (Nudge)*, traducción al castellano por B. Urrutia, Madrid, 2009; o también *La filosofía Nudge. L'empenta que necessites per prendre les millors decisions*, traducción al catalán por L. Moreno Llorca, Barcelona, 2009. Se ha observado que si existen límites objetivos a la cognición, estos pertenecerán no solo a los individuos, sino también a las autoridades que se consideran menos sujetas a *biases*. Atribuir un general poder de dirección a las autoridades, al Estado, podría constituir el riesgo de utilizar tales instrumentos normativos para crear un poder persuasivo dirigido también a otros fines o para mantener el poder. Sobre el tema E.L. GLAESER, “Paternalism and Psychology”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2006, p. 133 ss.; F.J. GIL MARTÍN, “Presunciones, empujones y deliberación. El desencaje del consentimiento informado en el paternalismo libertario”, en A. BLANCO MERCADÉ, M.P. NUÑEZ CUBERO (coords.), *La bioética y el arte de elegir*, Madrid, 2014, p. 292 ss. Para un resumen de algunas objeciones la paternalismo liberal, véase S. HOLLAND, “Libertarian Paternalism and Public Health Nudges”, en M. FREEMAN, S. HAWKES, B. BENNETT (ed.), *Law and Global*

reconocer al Estado solo la posibilidad de influenciar el individuo, probando a hacer confluír la elección de cada uno hacia aquella considerada ideal, sin comprometer la autonomía de la elección final que tocará siempre al individuo, aunque después del cumplimiento de algunos procedimientos que lo avisen de las posibles consecuencias de su conducta.

También las neurociencias han contribuido al debate, probando a explicar, con diferentes métodos científicos, el real funcionamiento del cerebro. Según algunos estudios, de hecho, son diferentes las áreas cerebrales que gobiernan el “deseo” y la “voluntad”, y, por lo tanto, las relativas funciones se encuentran separadas y a veces son incongruentes, pero cuando convergen esto parece ser el fruto del aprendizaje⁴¹. Estos resultados son atribuibles, no solo al sentido común, sino a la psicología, pero gracias a las neurociencias ahora parece documentada su base fisiológica, atribuible a un particular orden bio-químico del cerebro. Se deduce que, ingénitamente, se puede no “aprender” lo que se aprecia y se pueden querer “recompensas” diferentes y dañinas. Algunos desordenes de comportamiento pueden, por lo tanto, depender de la discrasia entre la “voluntad” y el “deseo” de una persona, incongruencia que podría justificar ordenes normativos moderadamente [anti]paternalistas, como aquellos antes mencionados, dirigidos solo a direccionar al individuo mediante una previa correcta información, dejando sin embargo, por último, a la autonomía del individuo la elección final entre la “voluntad” y el “deseo”⁴².

La psicología cognitiva y las neurociencias han demostrado no solo la abstracción, si no justamente la falsedad, de la perfecta racionalidad de los

Health: Current Legal Issues, Oxford, 2014, p. 365 ss. En cuanto al debate a favor y en contra del paternalismo liberal, véase también D.M. HAUSMAN, B. WELCH, “Debate: To Nudge or Not to Nudge”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 18, num. 1, 2010, p. 123 ss. Por las implicaciones de la filosofía ‘nudge’ en una perspectiva jurídica europea, véase A. ALEMANNINO, A.-L. SIBONY (ed.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Oxford - Portland, 2015.

⁴¹ S. PECIÑA, B. CAGNIARD, K.C. BERRIDGE, J.W. ALDRIDGE, X. ZHUANG, “Hyperdopaminergic mutant mice have higher ‘wanting’ but not ‘liking’ for sweet rewards”, *Journal of Neuroscience*, vol. 23, 2003, p. 9395 ss.; en otro sentido, K.C. BERRIDGE, T.E. ROBINSON, “What is the role of dopamine in reward: hedonic impact, reward learning, or incentive salience?”, *Brain Research Reviews*, vol. 28, 1998, p. 309 ss.

⁴² Sobre el tema véase A. LAVAZZA, “Le neuroscienze rivalutano alcune forme di paternalismo?”, *Filosofia politica*, 2011, p. 478 ss.; J.M. GIMÉNEZ-AMAYA, J.I. MURILLO, “Neurociencia y libertad. Una aproximación interdisciplinar”, *Scripta theologica*, num. 41, 2009, p. 13 ss.; J.M. GIMÉNEZ-AMAYA, “¿Dios en el cerebro? La experiencia religiosa desde la neurociencia”, *Scripta theologica*, num. 42, 2010, p. 435 ss. En la perspectiva del derecho penal, véase D.E. BALBUENA PÉREZ, *Derecho penal, neurociencia y libertad*, Asunción, 2013.

individuos y la tendencia a la maximización de la utilidad como objetivo de cada elección humana. Algunos estudios de neurociencia, aunque criticados, han puesto además en duda el mismo libre albedrío, con la presuposición que los individuos asuman las decisiones *a priori*, en automático y a nivel inconsciente⁴³. Sin poder entrar en este complejo debate que pone en discusión la existencia misma de la autonomía de los individuos, en las mismas neurociencias, pero, considerando acreditados estudios que defienden la existencia de la libertad, argumentando, a nivel biológico, que las estructuras neurales que heredamos, que constituyen los sistemas de valores, son modificables mediante el aprendizaje y las ‘recompensas’ positivas y negativas⁴⁴. La existencia de algunos comportamientos improvisados que se escapan del control consciente, por lo tanto, según estas adquisiciones neurocientíficas, no pone en duda la libertad del individuo, representada, en cambio, por un complejo proceso de influencias recíprocas entre factores genéticos y ambientales, en el cual la educación desempeña un rol importante⁴⁵.

El reconocimiento de los factores ambientales y de la educación –no solo a nivel metafísico, sino también biológico– como fuentes de condicionamiento del “proceso” de libre autodeterminación, parece por lo tanto legitimar constitucionalmente, desde una perspectiva solidaria, aquellas normas dirigidas a tratar de eliminar los obstáculos representados, por ejemplo, por aquellos factores sociales, por aquellas carencias educativas, por aquellos lí-

⁴³ Cfr. B. LIBET, C.A. GLEASON, E.W. WRIGHT, D.K. PEARL, *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act in Brain*, vol. 106, 1983, p. 623 ss.; D.M. WEGNER, *Précis of The illusion of conscious will*, en *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 27, 2004, p. 649 ss. Sobre el tema general, véase J.R. SEARLE, *Libertad y neurobiología*, cit.; más recientemente R. BARTRA, *Antropología del cerebro*, cit. En Italia véase las diferentes aportaciones de M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (editado por), *Siamo davvero liberi?*, cit. Para algunas reflexiones penalísticas sobre el tema, véase O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Turín, 2009, p. 193 ss.; ID., *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, cit., p. 626 ss.

⁴⁴ G.M. EDELMAN, *Seconda Natura. Scienza del cervello e conoscenza umana*, Milano, 2007, *passim*, específicamente p. 91 ss. Sobre el tema, véanse también R. BARTRA, “Antropología del cerebro: determinismo y libre albedrío”, *Salud mental*, vol. 34, 2011, p. 1 ss.; A. MUNTANI SANCHEZ, *La mente y el cerebro. Visión orgánica, funcional y metafísica*, Buenos Aires - Montevideo, 2005, *passim*, spec. p. 15.

⁴⁵ M.M. MUÑOZ, “La determinación genética del comportamiento humano. Una revisión crítica desde la filosofía y la genética de la conducta”, *Gazeta de antropología*, 1995, 11, artículo 06; L. PÉREZ SÁNCHEZ, “La inteligencia humana”, en J. BELTRÁN LLERA, J.A. BUENO ALVAREZ (editado por), *Psicología de la educación*, Barcelona, p. 59 ss., spec. p. 62; A. DAMASIO, *Il sé viene alla mente. La costruzione del cervello cosciente*, Milano, 2012, p. 336 ss.

mites cognitivos de racionalidad, que algunas veces impiden al individuo elegir en su interés y que puede que se adopten decisiones que, sin estos “obstáculos”, quizás no se hubieran cumplido.

5. LAS OPCIONES DE REGULACIÓN EN LA EVENTUALIDAD DE ERRORES COGNITIVOS TÍPICOS

El discurso se abre, por lo tanto, hacia las elecciones de regulación más conveniente que el legislador puede adoptar en presencia de posibles errores cognitivos típicos⁴⁶. Una primera opción es la del “orden-control” que prohíbe ciertas actividades para evitar los errores del individuo. El ejemplo típico es el de la prohibición de venta de sustancias estupefacientes, sancionado penalmente. El legislador no acepta el riesgo de que surjan situaciones consideradas como errores, para los individuos y adopta disposiciones que, sin embargo, resultan paternalistas en cuanto limitativas de la libertad.

Una segunda opción es la introducción de herramientas de *empowerment*, con el objetivo de educar a los beneficiarios para hacer frente a los errores, sobre el modelo de las advertencias sobre las cajetillas de cigarrillos o las calorías en los productos alimenticios, o de los folletos informativos relativos a los productos financieros. Hoy en día son inciertos los resultados de estas herramientas, ya sea porque este tipo de información muchas veces no logra superar las aptitudes caracteriales de los individuos, sea porque sería oportuno analizar la exactitud de la información⁴⁷.

La tercera opción es la de las *nudge strategies* (pequeño empujón o aguijón), dirigidas a evitar los errores conduciendo, de manera *soft*, las elecciones en la dirección que el legislador considere deseable, no modificando la liber-

⁴⁶ Sobre el tema véase F. PARISI, V.L. SMITH, “El derecho y la economía de los comportamientos irracionales. Una introducción”, *Ius et veritas*, 2007, n. 35, p. 16 ss.; en la literatura italiana se está desarrollando el tema, también en torno a la así dicha neuroeconomía, véase N. RANGONE, “Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole”, *Mercato concorrenza regole*, 2012, p. 151 ss.; ID., “Errori cognitivi e scelte di regolazione”, *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, p. 7 ss.

⁴⁷ Por lo que concierne al acto de fumar, las evidencias empíricas demuestran que un elevado porcentaje de personas, una vez leídos o vistos los mensajes disuasivos, ha considerado la posibilidad de dejar de fumar, pero no lo ha hecho realmente; cfr. *The Journal of American Medical Association*, vol. 306, num. 2, 2011, pp. 149-150. También la llamada educación financiera no ha permitido evitar los errores cognitivos que han arruinado a numerosos inversores.

tad de elección final. Se puede tratar de elecciones predeterminadas operadas *por defecto* por el poder público, que sin embargo admiten una elección explícita en contra del individuo⁴⁸.

Los problemas relacionados con una regulación inspirada en este anti-paternalismo moderado o paternalismo libertario, como el “pequeño empujón”, pueden estar conectados, en primer lugar, con la posibilidad de que las elecciones públicas dirigidas a evitar errores cognitivos de los individuos, sean, a su vez, el fruto de opuestos errores cognitivos, quizás inducidos por grupos de interés que condicionan el poder público⁴⁹; además, no pueden tampoco ser excluidas elecciones públicas oportunistas camufladas de objetivos de tutela⁵⁰.

Esta objeción puede ser enfrentada a través de una regulación pública completamente informada por encontrarse basada en datos empíricos relativos a las consecuencias de las diferentes opciones. Si el legislador no se hace guiar por elecciones típicamente morales o por otros intereses instrumentales, sino toma los resultados probados por las diferentes ciencias que se ocupan de los fenómenos a regular, la posibilidad de errores cognitivos por parte del poder público debería ser decididamente menor en comparación a la de los individuos⁵¹.

Además, no hay que subestimar el riesgo de regulaciones excesivas y no justificadas, que podrían constituir un exagerado obstáculo, por ejemplo de tipo procedimental, a la asunción de ciertas elecciones por parte de los individuos. Si el legislador predispusiese un complicado sistema burocrático a superar para llegar a la elección aconsejada por el Estado, esto podría constituir una forma, menos grave, pero de todos modos perceptible de limitación

⁴⁸ Es la teoría de R.H. THALER, C.S. SUNSTEIN, *Nudge*, cit., ahora *La filosofía Nudge*, cit. *Nudge* es considerado “qualsevol aspecte de de l’arquitectura d’elecció que modifica el comportament de la gent d’una manera previsible sense prohibir cap opció [...]. Perquè signi considerat un simple toc d’alerta, la intervenció ha ser fàcil i barata d’evitar. Els tocs d’alerta no són dictas” (pp. 12-13). Sobre el tema también H. EIDENMÜLLER, “Liberaler Paternalismus”, *Juristische Zeitung*, 2011, p. 814 ss.

⁴⁹ R. RIVERO ORTEGA, V. MERINO ESTRADA, “Ejemplaridad pública, Nudge y Benchmarking local: herramientas del buen gobierno, la integridad institucional y la innovación democrática”, *Revista Democracia y Gobierno Local*, n. 20, 2013, p. 12 ss.

⁵⁰ Sobre estos temas, entre otros E.L. GLAESER, “Paternalism and Psychology”, cit.; A. OGDEN, “The Paradoxes of Legal Paternalism and how to Resolve Them”, *Legal Studies*, vol. 30, num. 1, 2010, p. 63 ss.

⁵¹ Sobre el tema véase M.A. ZAPATA CLAVERÍA, “Expertos y libertad en el paternalismo libertario”, *Revista digital universitaria*, vol. 16, num. 4, 1º abril de 2015.

de la libertad⁵². La procedimentalización de la elección, además, debiendo mantener una matriz ligera, estaría legitimada a una menor rapidez cuanto más es grave –siempre en base a los datos empíricos– el daño potencial y cuanto más se concreta la posibilidad de su realización.

Una vez más, un antipaternalismo moderado que realice con gastos excesivos la comprobación de la autenticidad de la voluntad autolesiva, podría implicar un ‘daño a terceros’ en forma de daño económico a la colectividad⁵³. Además, los gastos del antipaternalismo que recaerían especialmente en la comunidad, podrían en parte cubrirse mediante impuestos o sumas pagadas por aquellos que quisiesen ser autorizados al cumplimiento de actividades arriesgadas o dañinas para ellos mismos, mientras que parte de los consiguientes eventuales gastos de asistencia y de salud, podrían cubrirse mediante seguros estipulados obligatoriamente por los mismos sujetos⁵⁴. Pero, a raíz de esto, el antipaternalismo moderado, también desde el punto de vista de la economía pública, parece más conveniente en comparación con las regulaciones paternalistas, ya que eventuales gastos adicionales, serían en cualquier caso inferiores a los beneficios económicos que corresponden al Estado, por ejemplo, por la legalización de las drogas o el mercado de la prostitución o el juego de azar⁵⁵.

⁵² Según D. HUSAK, “Anmerkungen zu ‘Indirekter’ Paternalismus im Strafrecht”, en A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (ed.), *Paternalismus im Strafrecht: die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010, p. 132, una vez excluida la sanción penal, instrumentos paternalistas podrían ser legítimos, siempre que sean de modesta entidad –por lo tanto tales a restringir la libertad de manera del todo tolerable–, y capaces de llegar al fin perseguido, generalmente reconocido como útil, salvo siempre el poder del individuo de optar por decisiones diferentes.

⁵³ G. MANIACI, “I contratti di schiavitù e il lato oscuro dell’antipaternalismo”, en *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, p. 561; ID., “Proibizionismo e antipaternalismo giuridico”, *Ragion pratica*, 2014, p. 205 ss.

⁵⁴ Sobre algunas voces que en España han puesto en cuestión ciertas políticas de salud pública por posibles invasión de la libertad personal, véase M.Á. RAMIRO AVILÉS, F. LOBO, “La justificación de las políticas de salud pública desde la ética y la eficiencia económica”, cit., que, con un discurso práctico jurídico y económico, acerca de la libertad individual no sólo no se opone, si no que exige, la adopción de medidas de salud pública; si esas actuaciones cumplen ciertos requisitos, no sólo no limitan sino que protegen y amplían la libertad individual.

⁵⁵ Sobre el tema de la legalización de las drogas, véanse entre otros, E. LÓPEZ BETANCOURT, *Drogas, entre el derecho y el drama*, Madrid, 2011; D.N. HUSAK, *¡Legalización ya! Argumentos a favor de la despenalización de las drogas*, traducción de A. Varela Mateos, Madrid, 2003; G. MANIACI, “Proibizionismo e antipaternalismo giuridico”, cit., p. 208.

En fin, este tipo de injerencia *soft* propia del “pequeño empujón”, podría producir indirectamente la pérdida del beneficio derivado por la experiencia del aprendizaje, según el aforismo *errando discitur* o el dicho popular “machacando se aprende el oficio”⁵⁶. Hay que recordar, además, que el aprendizaje desde los errores es solo uno de los posibles métodos, justamente, de aprendizaje, pudiendo, la superación del error, ser conseguida también a través de las correctas formaciones e informaciones explicativas. Es inconcebible, por lo tanto, deslegitimar las *nudge strategies* dirigidas a impedir errores cognitivos, sobre todo cuando estos pueden dar la luz a resultados irreparables.

En las últimas décadas –sobre todo en el derecho civil, en la tutela de los consumidores, en el derecho de economía y de finanza– el paternalismo liberal ha recibido una serie de consentimientos y ha sido más veces sugerido *de lege ferenda*⁵⁷. Parece, entonces, una línea de evolución del derecho, que podría concernir también al penal, bien tomando en consideración las mayores implicaciones morales y lo simbólico que la prohibición criminal tradicionalmente implica⁵⁸. Un ejemplo, en cierto modo, podrían ser las leyes que en algunos Países, entre los primeros Holanda y Bélgica, consienten la eutanasia activa con ciertas condiciones procedimentales dirigidas a garantizar la completa autonomía, ponderación e información del individuo, buscando impedir formas de “voluntad falaz”⁵⁹.

⁵⁶ La versión noble de este dicho se encuentra, por ejemplo, en K. POPPER, *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, New York - London, 1963, p. 216.

⁵⁷ En la literatura italiana véase R. CATERINA, “Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato”, *Rivista di diritto civile*, 2005, II, p. 771 ss.; ID., “Processi cognitivi e regole giuridiche”, en *Sistemi intelligenti*, num. 19, 2007, p. 381 ss.; ID., “Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle «pratiche ingannevoli»”, *ivi*, 2010, p. 221 ss.

⁵⁸ Es este un acercamiento compatible con la filosofía liberal clásica y que encuentra antecedentes ya en la misma obra de J.S. MILL, *Sobre la libertad*, cit.; ID. *Principios de economía política*, cit., p. 805 ss., que argumentaba que era posible informar, pero no impedir con la fuerza, al hombre que está por tomar un riesgo. Acerca de la correcta información del individuo como parámetro para evaluar la naturaleza paternalista o menos de una norma y sobre la doctrina de la autonomía como respeto de las decisiones informadas, véase M.A. RAMIRO AVILÉS, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, cit., p. 233 ss.; E. DICIOTTI, “Preferenze, autonomia e paternalismo”, cit., p. 113.

⁵⁹ La literatura española sobre la eutanasia, incluso solo penal es muy amplia; en esta sede podemos limitarnos a citar a N. GARCÍA RIVAS, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 769 ss., spec. p. 772; ID., “Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia”, en L.A. ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol. 2, Salamanca, 2001, p.

6. SIGUE. LAS EXIMENTES PROCEDIMENTALES COMO FORMA DE REGULACIÓN MODERADAMENTE ANTIPATERNALISTA

El ejemplo recién ilustrado, desde el punto de vista penal, conduce el discurso hacia las llamadas eximentes procedimentales que, en general, consisten en *iter* administrativos dirigidos a comprobar preventivamente la certeza de algunas presuposiciones de licitud del hecho⁶⁰. Entre éstos se podría incluir también la libertad de la elección autolesiva, informada, consciente, ponderada a la luz de una serie de explicaciones⁶¹. Las eximentes procedimentales, por sí mismas, tienden a una neutralidad del Estado con respecto al valor ético de la elección, limitándose a un control de la efectiva libertad de la misma⁶². No puede excluirse, además, que los procedimientos admi-

149 ss.; G. MENDES DE CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada, 2009. Sobre la cuestión jurídico-penal y el estado de la discusión de política criminal, sobre la eutanasia, en Alemania, Italia y España, véanse C. ROXIN, F. MANTOVANI, J. BARQUIN, M. OLMEDO, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Albolote, 2001. Con particular referencia a la regulación de otros ordenamientos, M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 229 ss.

⁶⁰ Sobre el tema, véase W. HASSEMER, "Justificación procedimental en el derecho penal", en W. HASSEMER, E. LARRAURI PIJOAN, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 12 ss., que aboga por considerar justificado el comportamiento que cumple el procedimiento descrito por las leyes, aun cuando no pueda afirmarse de forma tajante que la lesión del bien jurídico ha salvado un interés prevalente. En la doctrina italiana, véase además M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 28 ss.; ID., "Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1671 ss., según el cual, en el campo bioético, estas eximentes deberían considerarse verdaderas causas de justificación por ser elementos exteriores al hecho típico.

⁶¹ En la doctrina alemana, para la teorización general de las causas de justificación procedimental, véase el mismo W. HASSEMER, "Prozedurale Rechtfertigung", en *Festschrift für Mahrenholz*, Baden-Baden 1994, p. 731 ss. Siempre en la literatura alemana, para una posición favorable a la implementación de mecanismos procedimentales en una perspectiva antipaternalista moderada, véanse A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, "'Indirekter' Paternalismus im Strafrecht", cit.

⁶² La neutralidad estaría en el hecho de que el Estado no debería ni prohibir ni liberalizar una cierta decisión, sino limitarse, a través del procedimiento administrativo, a equilibrar los intereses, dejando al individuo la posibilidad de la decisión final. "La 'justificación', en definitiva, no expresaría un juicio positivo del ordenamiento en términos de evaluación sustancial" (n. del t.), cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 29-30. No comparte la misma opinión M. ROMANO, "Cause di giustificazione procedurale? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1277, p. 1283.

nistrativos basados en estas eximentes, puedan ser utilizados también para guiar al individuo, con un “pequeño empujón”, hacia una cierta elección (no autolesiva) considerada preferible por el legislador. Por otra parte, si el objetivo es el de vencer posibles errores cognitivos, las proposiciones del Estado y del individuo, de alguna manera, podrían coincidir, ya que el legislador tendrá el deber de encaminar la elección, pero hacia aquella opción (no autolesiva) que, al concluir el procedimiento informativo, podría resultar preferible según el juicio *a posteriori* del mismo individuo. No se trata, por lo tanto, de un paternalismo puramente ‘preventivo’ (finalizado, con obligaciones y prohibiciones absolutas, a impedir un evento que según el Estado el individuo tiene claramente el interés de evitar), sino, en su caso, de tipo ‘tutelar’, o sea dirigido a garantizar la efectividad de la voluntad autolesiva, en el caso de que la matriz ‘preventiva’ no puede llegar más allá del “pequeño empujón”⁶³. Por lo tanto, el modelo aquí propuesto puede ser incluido en el llamado paternalismo liberal en acepción ‘tutelar’, dirigido a sugerir al individuo la adopción de conductas capaces de reducir la autoexposición a ciertos riesgos, conductas que, afectadas por errores cognitivos, en cierto modo, salen de aquellas de la auténtica voluntad, quedando incluidas más bien en una especie de actitud culposa de autoagresión⁶⁴.

En un sistema liberal-solidario, entonces, la intervención del Estado debería ser limitada, también a través de una procedimentalización, a prácticas de influencia *soft* que no comprometan el derecho de autodeterminación, y dirigidas, específicamente, a vencer posibles límites cognitivos que causan típicos *biases* empíricamente comprobados⁶⁵. La injerencia del Estado a través de la sanción penal, en cambio, no debería estar dirigida a modificar preferencias individuales en que contrasten con supuestos valores superiores o con un concepto de ‘bien propio’ definido por otros. Estas estrategias de “pequeño empujón” procedimentalizado, no solo están legitimadas, sino, siendo dirigidas a la superación de límites cognitivos, deberían ser necesarias para un ordenamiento solidario, ya que están dirigidas a eliminar obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos. De hecho,

⁶³ Sobre el tema D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford - New York, 2008, p. 69.

⁶⁴ Consideraciones en tal sentido en A. CADOPPI, “Liberalismo, paternalismo e diritto penale”, en G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (ed.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., p. 107.

⁶⁵ Sobre el tema véase la aportación de D. TROUT, “Paternalism and Cognitive Bias”, *Law and Philosophy*, num. 24, 2005, p. 393 ss.

la efectiva libertad de tomar decisiones no puede prescindir de la posibilidad de acceder al mejor abanico de informaciones relevantes; así como la igualdad está comprometida por los límites cognitivos que afligen algunos y no otros, tanto más cuando son el fruto de factores ambientales y educativos (sociales y económicos) que, como se ha visto, mediante influencias recíprocas con los factores genéticos, según las neurociencias condicionan el procedimiento que conduce a la libertad de elección.

Con la matriz liberal-solidaria, además, parece compatible también otra forma de paternalismo moderado, o sea basado en sanciones no penales, sino administrativas, no exageradas, como instrumento blando de persuasión dirigido a prevenir lesiones de importantes bienes directamente relacionados con la persona⁶⁶.

7. LA HIPÓTESIS EJEMPLARIZADORA DE LA LEGALIZACIÓN DE LAS DROGAS: EL USO DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD PARA CIRCUNSCRIBIR EL CONCEPTO DE “DAÑO A LOS DEMÁS”

Si se quiere ejemplificar el modelo aquí elaborado, se puede hacer referencia a la controvertida cuestión de la liberalización de las drogas, que pone problemáticas en algún modo comparables a las del uso del tabaco y de las bebidas alcohólicas⁶⁷. Según una tesis, con un sólido fundamento, las prohibiciones penales que sentencian la cesión de sustancias estupefacientes, hasta incluso el mismo consumo, son una forma de paternalismo (indirecto y directo). Sin poder entrar en detalle en el debate, las argumentaciones en favor de la legalización se pueden referir, desde plano de la legitimidad, al derecho a disponer libremente de su propia salud, asimismo, desde el plano

⁶⁶ Como en el clásico ejemplo de la obligación de abrochar los cinturones de seguridad en los coches o el casco en las motos. Sobre el tema véase A. CADOPPI, “Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi”, *Criminalia*, 2011, p. 230 ss.; A. CAVALIERE, “Paternalismo”, cit., p. 425, p. 437. Si la sanción administrativa es en cambio exagerada, mediante una especie de ‘estafa de las etiquetas’, no se podría hablar más de paternalismo moderado.

⁶⁷ Acerca de la vacuna contra la cocaína y el paternalismo libertario, véase D. STEVENSON, “Libertarian Paternalism. The Cocaine Vaccine as a Test Case for the Sunstein/Thaler Model”, *Rutgers Journal of Law and Urban Policy*, vol. 3, 2005, p. 4 ss. Se ha dicho, además, que las leyes penales que sancionan el uso de determinadas drogas proporcionan el examen ideal de la teoría liberal del derecho, cfr. D. HUSAK, “Droghe illecite: un test dei ‘limiti morali del diritto penale’ di Joel Feinberg”, en A. CADOPPI (editado por), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 3 ss.

de la eficacia, a los resultados paradójicos del prohibicionismo que, con la presuposición de tutelar al consumidor de estupefacientes, compromete en cambio sus intereses exponiéndolo a riesgos ulteriores, tanto por su salud, relacionados con la procedencia criminal de la droga en ausencia de cualquier tipo de control; como por los precios ‘hinchados’ que inducen a cometer delitos, de un notable empuje criminal. A esto se añaden los prejuicios de la colectividad determinados por el fortalecimiento de la delincuencia organizada gracias a las ganancias del narcotráfico⁶⁸.

Según otra orientación, de naturaleza utilitarista en sentido holístico, las argumentaciones en favor del prohibicionismo no serían de naturaleza paternalista –o sea dirigidas a tutelar [solo] el interés del consumidor de drogas–, sino dirigidos a proteger la colectividad, ya que el uso de drogas comprometería, por ejemplo, la paz social, la salud pública, la seguridad pública o la economía pública⁶⁹.

Desde el punto de vista teórico, una vez más se aborda la cuestión controvertida del límite [in]cierto entre los actos que conciernen solo a uno mismo (*self-regarding acts*) y los actos que conciernen también a los demás (*other-*

⁶⁸ Para una posición antipaternalista favorable a la legalización de las drogas y la necesidad de una política penal alternativa”, véase E. LÓPEZ BETANCOURT, *Drogas, entre el derecho y el drama*, cit.; D.N. HUSAK, ¡Legalización ya! cit.; C. PUGA GONZÁLEZ, “Adicción, salud y autonomía. Una defensa normativa de la legalización de algunos narcóticos para fines recreativos”, *Política y gobierno*, vol. XX, n. 2, 2013, p. 309 ss.; S. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J. SOTELO MORALES, “Argumentos para el debate sobre la legalización de la marihuana en México”, *Entreciencias*, diciembre 2013, p. 93 ss.; T.C. COITINHO DAS NEVES, “Drogas, sociedad y prohibicionismo: una perspectiva criminológica”, *Revista general de derecho penal*, num. 18, RI §412662, 2012; L. HULSMAN, “La política de drogas fuente de problemas y vehículo de colonización y represión”, *Revista de derecho penal y criminología*, num. 1, 2012, p. 236 ss.; J.L. ZILIO, “El derecho penal de las drogas”, *Revista crítica penal y poder*, num. 3, 2012, p. 104 ss.; S. AMIGÓ BORRÁS, *Cómo las drogas pueden mejorar nuestras vidas*, Madrid, 2012; F.J. ESTEBAN GUINEA, *El derecho a la ebriedad. Manifiesto libertario contra la prohibición*, Colmenar Viejo, 2007; R. UPRIMNY, “Drogas, derecho y democracia”, en M. RUJANA QUINTERO (editado por), *El fracaso de la política criminal oficial*, Seminario en homenaje al profesor Alessandro Baratta, Bogotá, 2006, p. 67 ss.

⁶⁹ Sobre el tema véase M.Á. NÚÑEZ PAZ, G. GUILLÉN LÓPEZ, “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal”, *Revista penal*, num. 22, 2008, p. 80 ss.; M. DONINI, “‘Danno’ e ‘offesa’ nella c.d. tutela penale dei sentimenti”, cit., p. 87; M. ROMANO, “Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 989. Véase también W. WOHLERS, F.H. WENT, “Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen, dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande”, en A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (ed.), *Paternalismus im Strafrecht*, cit., pp. 302, 313 ss.

regarding acts)⁷⁰. Esto depende del concepto de daño, o se podría decir de ofensa, que puede ser delimitado diferentemente⁷¹. Pero si a este concepto se atribuye un contenido muy amplio, se corre el riesgo de tener que admitir que todos, o casi todos, los actos humanos que producen daño a sí mismos, dañan también a los demás, avalando por lo tanto una configuración utilitarista de matriz holística u organicista. Adoptar un concepto tan amplio de “daño a los demás”, debería coherentemente llevar, para hacer un ejemplo paradójico, a admitir la legitimidad de sanciones penales relacionadas con el consumo de ciertos alimentos o comidas consideradas dañinas para la salud del individuo. De hecho, una vez comprobado empíricamente que la mayoría de las patologías está relacionada con una mala alimentación y que, en consecuencia, el balance del servicio de salud nacional podría ser aliviado en gran parte imponiendo una cierta dieta a todos los ciudadanos (mucho más que frenando el uso de drogas), y, entonces, verificado que una cierta dieta equivocada provoca un daño a los demás en forma de daño a la economía pública, no debería haber obstáculos de legitimidad al uso de la sanción penal para imponer una dieta de Estado de memoria rumana⁷².

Parece evidente que de este ejemplo paradójico, se extrae la potencial naturaleza liberticida de un concepto amplio de “daño a los demás” que legitimaría controles obsesivos hacia los ciudadanos, inaceptables en un Estado liberal-democrático. Desde este punto de vista el principio angloamericano del *harm to others* debería ser integrado con el continental de la ofensa al bien jurídico, como concebido por la doctrina que se esfuerza en atribuirle una efectiva función crítica de límite a la potestad punitiva del Estado. Hacer prevalecer, en el ejemplo antes expuesto, la economía pública a la libertad moral del individuo, podría legitimar –mediante una excesiva anticipación del umbral de punibilidad– elecciones de penalización basadas sobre intereses

⁷⁰ J.S. MILL, *Sobre la libertad*, cit., hablaba de “una esfera de acción en la que la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo [...] Cuando digo a él mismo quiero significar directamente y en primer lugar; pues todo lo que afecta a uno puede afectar a otros a través de él [...]”.

⁷¹ Sobre el concepto de daño véase M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 192 ss.; E. DICIOTTI, “Il principio del danno nel diritto penale”, *Diritto penale e processo*, 1997, p. 370.

⁷² La referencia es a la Ley del 1984 promulgada en Rumania por Ceaușescu que, para racionar la comida en razón de la crisis económica, impuso un “programa de alimentación científica de la población” dirigido oficialmente a la reducción de la obesidad, que preveía el número máximo de calorías por habitante y por categorías de ciudadanos. Esto llevó a raciones tipo de medio kilo de harina, medio kilo de azúcar y 5 huevos al mes, 300 gramos de pan al día.

supraindividuales artificiales, carentes de un sustrato personal comprensible que permiten la punición por conductas inofensivas hacia personas reales, agotándose, en cambio, en una mera desobediencia⁷³. Esto no significa renegar *tout court* la posibilidad de utilizar legítimamente la sanción penal para tutelar intereses colectivos⁷⁴, sino que equivale a circunscribir los conceptos de “daño a los demás” y de interés penalmente tutelable, a una idea que se base en la persona, en una dimensión tanto individual, como meta-individual, así recordando aquel concepto ‘personalista’ de bien jurídico elaborado específicamente en la doctrina alemana⁷⁵.

8. SIGUE. EL USO LEGÍTIMO DE DROGAS: LA PROCEDIMENTALIZACIÓN PARA CONTRASTAR POSIBLES ERRORES COGNITIVOS TÍPICOS

Para hacer frente al fenómeno de la toxicomanía, el primer deber, de importancia general, en un sistema solidario debería ser el de implementar un conjunto de políticas de Estado social, dirigidas a la redistribución de la renta, a la inclusión social, a la consolidación de los servicios sociales, etc.⁷⁶; políticas que verosímilmente reducirían el impulso hacia el uso de drogas. En segundo lugar, se deberían adoptar instrumentos amplios de *empowerment*, dirigidos a la información y sensibilización de todos los asociados sobre los riesgos relacionados al uso de estupefacientes⁷⁷.

⁷³ Cfr., para todos, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997, pp. 66-67. Sobre la protección de los bienes jurídicos colectivos, véase S. SOTO NAVARRO, “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, 2005, p. 887 ss.; E.A. VILLEGAS PAIVA, *Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*, disponible en internet: <<https://www.unifr.ch>>.

⁷⁴ J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 11, p. 63 ss.

⁷⁵ Cfr. W. HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, en L. PHILIPPS, H. SCHOLLER (ed.), *Jenseits des Funktionalismus*, Heidelberg, 1989, p. 85 ss. En el mismo sentido véase también O. HOHMANN, “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1992, p. 76 ss. Acerca de la esencialidad de la relación entre bien perjudicado e individuo, véanse las consideraciones de F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, p. 387 ss.

⁷⁶ Emblemáticas, en ese sentido, las palabras del *Discurso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione internazionale di diritto penale*, en *Bollettino Sala stampa della Santa Sede n. B0787*, pronunciado en la Sala de los Papas el día 23 de octubre de 2014.

⁷⁷ Para consideraciones análogas véase A. CAVALIERE, “Paternalismo”, cit., p. 436 ss.

Se pueden sin embargo suponer instrumentos dirigidos específicamente a los individuos propensos concretamente a la asunción de drogas, según un esquema que vaya más allá de la genérica información e implemente conjuntamente estrategias de *empowerment* individuales con aquellas de *nudge*, mediante elecciones predefinidas operadas de *fedault* por el poder público, que admiten no obstante una elección expresa contraria del individuo. Estos instrumentos deberían ser destinados a superar los *biases* típicos de quien se propone usar drogas, que pueden reconducirse a diferentes heurísticas⁷⁸.

Según las elaboraciones de la psicología cognitiva, de hecho, en algunos casos la falta de conformación de las decisiones a lo que parece ser la utilidad del individuo, lejos de ser un fenómeno excepcional de desviación del comportamiento racional, en realidad caracteriza la decisión hasta el punto en que es difícilmente eliminable, a menos que sea contrastada por una intervención 'educativa'. Además, en tales casos, no se puede tampoco hablar de 'distorsiones cognitivas', porque la elección responde a una precisa lógica que es la de enfrentarse con situaciones inciertas o emotivamente cargadas, de modo que se pueda reducir el posible dolor derivado de elecciones erradas o arriesgadas. Se habla, además, de "disonancia cognitiva" (o *bias* de confirmación), consistente en la predisposición cognitiva para valorizar los datos que confirman los propios prejuicios y para ignorar las informaciones que, en cambio, no corresponden⁷⁹. Las consecuencias de la disonancia cognitiva, además, están agravadas cuando a esta se acompaña un exceso de seguridad (*overconfidence*), o sea el exagerado optimismo sobre la fiabilidad de los propios juicios y capacidades⁸⁰. Influyente, luego, puede ser la llamada heurística de la disponibilidad, o sea la estrategia que no estima la probabilidad del acontecimiento de un evento en base a un cálculo probabilístico, sino más bien bajo la protección de la intensidad, de la proximidad temporal y del impacto emotivo de un cierto recuerdo; asimismo la heurística de la así dicha distorsión de la representación, o sea la tendencia a considerar existentes paralelismos entre eventos aparentemente similares pero, en realidad, diferentes entre ellos⁸¹.

⁷⁸ B. SCHÜNNEMANN, "La crítica al paternalismo jurídico-penal", cit., p. 327.

⁷⁹ P.W. CHENG, K.J. HOLYOAK, "On the Natural Selection of Reasoning Theories", *Cognition*, 1989, p. 285 ss.

⁸⁰ B. FISCHHOFF, P. SLOVIC, S. LICHTENSTEIN, "Knowing with Certainty: The Appropriateness of Extreme Confidence", *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, vol. 3, p. 552 ss.; N. CORTADA DE KOHAN, "Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones", *International Journal of Psychological Research*, vol. 1, num. 1, 2008, p. 68 ss., spec. pp. 71-72.

⁸¹ D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, "Judgments of and by representativeness", en D. KAHNEMAN, A. TVERSKY y P. SLOVIC (editado por), *Judgment under uncertainty*, cit., p. 84 ss.

Todas estas situaciones son “atajos mentales” que pueden generar típicos errores cognitivos, que, en presencia de una adecuada ‘información’ el individuo probablemente no habría realizado; o sea, son heurísticas y *biases*, congénitas al funcionamiento de la mente, que el Estado liberal y solidario debería ayudar a modificar y eliminar, sobre todo en el caso de que puedan dar rienda suelta a procedimientos irreversibles como, por ejemplo, la toxicomanía, aunque un tema no muy disímil merecería el humo y el alcohol. No se debería tratar de una completa legalización de las drogas, sino de una legalización procedimentalizada dirigida a verificar la completa e informada voluntad de quien se propone como consumidor de estupefacientes.

Para entendernos, no haría falta el mensaje en la cajetilla (como hoy inadecuadamente pasa en los cigarrillos), sino que se necesitaría un iter cuya complejidad estaría justificada por la importancia de los bienes en juego, dirigido no tanto y no solo a hacer ‘conocer’, sino más bien a hacer ‘comprender’⁸². La elección de *fedault* operada por el legislador debería ser aquella de la prohibición de cesión de estupefacientes, salvo la acertada e informada voluntad de quien hace uso mediante un procedimiento administrativo. Obviamente no se trataría, por ejemplo, de cumplimentar un simple formulario en el cual se declara el conocimiento de los riesgos relacionados y la voluntad de tomar drogas. El procedimiento debería ser más articulado, apuntando no a la cantidad e a las informaciones (que de ser exagerada resultará confusa), sino a la calidad y eficacia de las mismas. Por ejemplo, se podría pensar en entrevistas con varios expertos (médicos, psicólogos, sociólogos, etc.) en las cuales deberían ser expuestos, de modo concreto y claro, todos los posibles riesgos relacionados al uso de las diferentes sustancias. Se podrían organizar visitas a lugares en los cuales se tratan las toxicomanías y entrevistas a quien haya salido del ‘círculo de la droga’. Naturalmente un procedimiento similar tendría sentido para quien se propone por primera vez consumir, no para quien sea ya dependiente, resultando en este último caso verosímilmente inútil⁸³.

Parece probable que al concluir un tal procedimiento, las personas dispuestas efectivamente a consumir sustancias estupefacientes serían una mi-

⁸² Cfr. E. BRODI, “Dal dovere di far conoscere al dovere di far ‘comprendere’: l’evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori”, *Banca borsa titoli di credito*, 2011, p. 246 ss.

⁸³ Sobre el tema véase en R. MONTAGUE, *Perché l’hai fatto. Come prendiamo le nostre decisioni*, Milano, 2008, *passim*, específicamente cap. 3-5.

noría, no por imposición de un valor moral o de lo que algunos consideran el ‘verdadero bien’, sino por la adquisición, *a posteriori*, de la conciencia que es para el mismo individuo ‘su bien’⁸⁴. Quien, a pesar de esto, quisiera hacer uso de drogas, previo otorgamiento de una clase de autorización, podría hacerlo comprando libremente, por ejemplo en farmacias, estas sustancias⁸⁵. Se podría pensar también en más protección en favor de terceros, como algunas restricciones en el cumplimiento de actividades peligrosas (por ejemplo la conducción de vehículos), o la obligación de un seguro de salud complementario para cubrir los riesgos de enfermedades y los relativos gastos que, de lo contrario, debería sostener integralmente el servicio de salud nacional⁸⁶. Entonces, no soluciones sancionatorias para el individuo, sino instrumentos que exoneran la colectividad, en los límites permitidos por los principios solidarios del Estado social⁸⁷.

El que, adulto y capaz, decida hacer uso de drogas, lo haría sin límites cognitivos (o reducidos al mínimo) y para este individuo la opción no sería un ‘error’, en el sentido que la ponderación de sus intereses y preferencias propendería en favor de esta elección; o quizás tal elección sería por él mismo, conscientemente, considerada un ‘error’, pero el Estado no podría prevenir errores.

Por último, en cuanto al tema, la concreta eficacia de una estrategia como esta sobre la reducción del uso de estupefacientes y sobre el relativo tráfico ilícito, dependería de la dificultad para obtener la autorización. Si el procedimiento administrativo se hiciese inútilmente complicado y las ‘garantías accesorias’ requeridas fuesen excesivamente onerosas, si, en sustancia, resultara más conveniente o practicable comprar el estupefaciente ilegalmente, esto podría alimentar de nuevo un mercado paralelo gestionado por la delincuencia organizada y así extinguir los efectos provechosos de la legalización. Por otro lado, es muy difícil pensar que el mercado negro, que conlleva

⁸⁴ Realmente, faltan estudios capaces de responder con certeza a la pregunta si, en caso de liberalización, se produciría o no un aumento del consumo de drogas, porque en ningún País ha sido probado antes, recientemente, un plan de legalización de todas las drogas; cfr. D.N. HUSAK, *Legalize This!, The Case for Decriminalizing Drugs*, London, 2002, p. 160.

⁸⁵ G. MANIACI, “I contratti di schiavitù”, cit., pp. 557-558; ID., “Proibizionismo e anti-paternalismo”, cit., p. 222.

⁸⁶ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 134 ss.

⁸⁷ Sobre el tema véase R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, “Libertarian Paternalism”, *The American Economic Review*, num. 93, 2003, p. 175 ss.; ID., *La filosofía Nudge*, cit., p. 73 ss. Cfr. también L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, 2012, p. 81.

implicaciones con la criminalidad y ningún control sobre el producto, pueda resultar más cautivador que el legal, aunque procedimentalizado⁸⁸; además la competencia del mercado legal haría bajar mucho los precios también en el ilegal, y haría disminuir el interés de la delincuencia organizada que no podrían sacar los enormes provechos que hoy en cambio obtiene.

Además, prescindiendo de estas últimas consideraciones que se refieren a la eficacia de la hipótesis de regulación aquí trazada, hay que hacer hincapié en el hecho de que, de todos modos, esta hipótesis parece sugerida por la reincorporada matriz liberal solidaria de las Constituciones occidentales, que, por un lado, pretende el respeto de la autodeterminación individual y, por el otro, exige que el Estado ayude a superar posibles obstáculos que limitan la completa libertad del individuo y el completo desarrollo de su personalidad, entre los cuales se pueden enumerar las debilidades cognitivas intrínsecas al funcionamiento de la mente.

9. SIGUE. EL ROL DE LA SANCIÓN PENAL EN LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DIRIGIDA A CONTRARRESTAR LAS VULNERABILIDADES COGNITIVAS

En una estrategia de ese tipo, el rol de la sanción penal, siempre en el marco de la ejemplificación propuesta, debería ser reservado a quien cede estupefacientes a personas privas de este tipo de autorización. Son necesarias, sin embargo, algunas especificaciones. En primer lugar, el bien jurídico tutelado en estos tipos penales debería ser identificado en la autonomía individual, en el interés de que cada uno se pueda autodeterminar teniendo a disposición el mejor bagaje de información relevante y así evitar el peligro de los típicos *biases* empíricamente comprobados. No se debería tratar, por lo tanto, de la tutela de meras funciones administrativas, o sea del interés del sistema estatal a verificar previamente algunas presuposiciones de licitud de una conducta⁸⁹. Entonces, un interés protegido perteneciente al individuo y no una mera función administrativa del Estado.

⁸⁸ G. MANIACI, "Proibizionismo e antipaternalismo giuridico", cit., p. 222.

⁸⁹ Sobre la tema de los delitos de peligro abstracto, véase U. KINDHÄUSER, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n. 1/2009; T. VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Cizur Menor, 2007; C.M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, 2005; P. CUESTA PASTOR, *Delitos*

De ahí, algunas relevantes implicaciones teóricas, aunque quizás se refieren a casos concretos marginales. El delito no debería estar relacionado de por sí con la cesión en ausencia de autorización, sino con la ofensa del bien jurídico concreto así como se describió anteriormente, o sea el delito debería ser excluido cuando se puede acertar que el cesionario, a pesar de ser formalmente privo de la autorización, sea de todos modos completamente consciente de los riesgos relacionados con el consumo de drogas. Véase el caso de un experto en la materia que ha publicado trabajos científicos acerca de la peligrosidad de los estupefacientes y que también ha trabajado en organizaciones que contrastan su uso; este por cierto podría decirse ‘informado’ mayormente o al menos con el mismo criterio que alguien que se presenta simplemente al hipotético procedimiento administrativo que se describió anteriormente. En casos de este tipo, en el caso de que el experto consumiese drogas en ausencia de autorización, el bien jurídico protegido no resultaría ofendido, tampoco bajo la forma de peligro concreto y, por lo tanto debería excluirse la punibilidad de una tal cesión, porque en la mente de este hipotético experto sería muy difícil imaginar la intervención de *biases*, y si este consumiese drogas lo haría de forma completamente voluntaria y consciente de los riesgos, quizás con fines experimentales⁹⁰.

El defecto de la autorización a la consumación de estupefacientes, entonces, debería funcionar como una presunción, simple, del peligro concreto de errores cognitivos cometidos por el concesionario. Simple porque vencible a través de la demostración que, en el caso concreto, el bien jurídico no ha sido efectivamente ofendido, tampoco bajo la forma de peligro concreto. No se debería tratar, entonces, de una presunción legal, absoluta o relativa, sino de una facilitación probatoria para la acusación a lo hora de demostrar el daño o cuanto menos el peligro concreto corrido por el bien jurídico representado por la libertad de autodeterminación informada del cesionario, sin inversión del

obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico, Granada, 2002; B. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Albolote, 2001; V. MANES, “Bien jurídico y reforma contra los delitos de la administración pública”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 2, 2000; M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999; C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.

⁹⁰ Véase la entrevista publicada en el *Corriere della sera* del 14 de enero del 2014, titulada *Il neuroscienziato Luigi Gessa: “Ho provato la cannabis. Fa danni, ma l’alcool è peggio”. L’esperto: “Pericolosa solo per gli adolescenti, ma dà meno dipendenza del vino”*, en la que se deduce que el científico ha tomado con fines experimentales también la cocaína.

cargo probatorio contrario a la presunción de inocencia y al *in dubio pro reo*⁹¹. Por otro lado, en presencia de una autorización, a menos que esta haya sido obtenida ilícitamente, no debería ser permitido al juez indagar la legitimidad de la misma, por ejemplo, con la presuposición que, a pesar del procedimiento administrativo, la voluntad del cesionario haya quedada afectada por *biases*.

El modelo propuesto, en este momento es claro, debería ser declinado bajo la forma del peligro concreto, donde este último se recogería de las adquisiciones empíricas-científicas que demuestran como muchas veces las elecciones autolesivas están condicionadas por vulnerabilidades cognitivas debidas a heurísticas y errores típicos. Peligro que, por otra parte, claramente justifica una comprobación judicial contraria.

La configuración aquí expuesta, luego, excluye la sanción penal al consumidor de estupefacientes en ausencia de autorización. De hecho, si el objetivo es aquel de tutelar su efectiva voluntad contra posibles errores cognitivos, admitir la sanción penal para quien consume recaería en una forma de paternalismo *hard*, incompatible, por las razones que se describieron anteriormente, con la matriz pluralista y laica de los ordenamientos occidentales, y atribuible, en cambio, o a un reproche específicamente moral, o a un concepto muy amplio de “daño a los demás” de matriz utilitaria en la acepción colectivista, con las potenciales implicaciones iliberales ya descrita. La *ratio* de la pena aquí supuesta, de hecho, consiste en una especie de aprovechamiento del error del consumidor, en una explotación de un sujeto débil, y sería por lo tanto una paradoja castigar al consumidor explotado⁹².

10. LAS OBLIGACIONES DE TUTELA DE TERCEROS

A la vista de todo lo expuesto, destaca la orientación a legitimar formas de [anti]paternalismo moderado indirecto dirigidas a castigar quien se apro-

⁹¹ En esta sede no es posible recorrer completamente las fases de la tesis de la comprobación del peligro concreto mediante las presunciones simples, véase al respecto M. CATERINI, “L’ambiente ‘penalizzato’. Evoluzione e prospettive dell’antagonismo tra esigenze preventive e principio di offensività”, en K. AQUILINA, P. IAQUINTA (ed.), *Il sistema ambiente, tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2013, p. 146 ss.

⁹² B. SCHÜNEMANN, “La critica al paternalismo giuridico-penale”, cit., pp. 326-327, admite el paternalismo moderado para tutelar debilidades humanas del aprovechamiento egoísta de otros; deniega, en cambio, la legitimidad de un paternalismo directo, aunque *soft*, no siendo posible –en base a principios dogmáticos-penales de la participación necesaria– la sanción de las personas ‘explotadas’, aunque actuantes en colaboración con el ‘explotador’.

vecha de elecciones autolesivas de los demás también potenciales, no completamente auténticas, por ejemplo, por encontrarse afectadas por posibles errores cognitivos. No se trata, por lo tanto, de formas de coerción de la voluntad de los demás (que obviamente deberían ser sancionadas también a la luz de los principios antipaternalistas), sino de una explotación abusiva de la voluntad potencialmente falaz de la víctima, la cual, además, no se opone, sino más bien se adhiere, es disponible, coopera o muchas veces desea, provoca o incluso exige la conducta de quien se aprovecha⁹³.

En casos de este tipo, el [anti]paternalismo moderado parece traducirse en una clase de obligación de tutela en favor del individuo potencialmente explotado⁹⁴; obligación que, además, debe ser implementada en el sistema positivo a través de las previsiones normativas expresadas. Así, como en la hipótesis de legalización del uso de drogas, esta obligación consistiría en la necesidad, por parte de quien cede el estupefaciente, de asegurarse previamente de la información brindada por el cesionario acerca de los riesgos relacionados con dicha asunción.

Pueden sin embargo encontrarse ejemplos ya efectivos de obligación de tutela mediante formación e información. Véanse los arts. 18.1, 19 y 41.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, que ratifican las obligaciones específicas por parte del empleador de información y formación de los empleados acerca de los riesgos para la seguridad y la salud⁹⁵. El incumplimiento de las normas de seguridad, de hecho, muchas veces es, por un lado, fruto de una subestimación de los riesgos por parte del trabajador y de una sobrestimación de las propias capacidades (típicas heurísticas y errores cognitivos como el *overconfidence*); por otro lado, dicho incumplimiento puede ser acompañado por el interés del empleador por evitar cumplir con las medidas de protección de los empleados, porque muchas veces estas retrasan el ciclo de producción y, entonces, reducen el provecho de la empresa. En casos de este tipo, por lo tanto, puede pasar que, aunque

⁹³ A este respecto véase A. DU BOIS-PEDAIN, "Die Beteiligung an fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens - Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus", en A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (ed.), *Paternalismus im Strafrecht*, cit., p. 44 ss.

⁹⁴ Cfr. L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo*, cit., p. 75.

⁹⁵ J.C. HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo. Una aproximación a la configuración del derecho penal en la "sociedad del riesgo"*, Barcelona, 2005, p. 101; S. COLLADO LUIS, "Prevención de riesgos laborales: principios y marco normativo", *Revista de dirección y administración de empresas*, num. 15, 2008, p. 91 ss., spec. p. 108.

el trabajador coopere con el empleador en esquivar las normas de seguridad o incluso el incumplimiento sea una decisión del empleado, esto no excluye una obligación de tutela de responsabilidad del empleador que, de esta manera, podría aprovecharse de los errores cognitivos del trabajador.

Esto no puede, sin embargo, legitimar formas de paternalismo judicial a través del que la 'vulnerabilidad' del trabajador se utiliza para crear una especie de presunción absoluta de irresponsabilidad del empleado y una clase de responsabilidad objetiva del empleador⁹⁶. En el momento en que el empleador generalizando, haya organizado un ambiente de trabajo seguro y puesto a disposición de los empleados dispositivos de seguridad, y, en principio, haya cumplido correctamente todos los deberes de formación e información antes indicados y, a través de controles, haya hecho que no se hayan creado prácticas arriesgadas fruto siempre de errores cognitivos de los empleados, entonces deberá excluirse una responsabilidad penal del empleador (salvo diferentes perfiles de responsabilidad civil o de seguro), tanto cuando se trate de verdadero "riesgo electivo", como cuando el hecho que genera el accidente pertenezca a la actividad laboral, pero haya sido fruto de una libre elección arriesgada del trabajador completamente consciente porque se encontraba bien formado e informado⁹⁷.

El modelo propuesto, fundado en la obligación de tutela que pesa sobre aquellos sujetos que pueden sacar provecho de los comportamientos autoleivos de los demás, parece completamente armonizable con el carácter moderadamente antipaternalista, solidario o 'fraternalista' de los Estados sociales de derecho antes explicado. A la clásica configuración liberal fundada en la completa autonomía del individuo, sirve de contrapeso la matriz solidaria dirigida a la eliminación de los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos. En este marco se incluyen también las obligaciones de tutela, por ejemplo, dirigidas a impedir los típicos errores cognitivos que pueden afectar a sujetos capaces y racionales.

⁹⁶ En estos términos véase D. MICHELETTI, "Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence", *Criminalia*, 2011, p. 298 ss.

⁹⁷ Sobre este tema véase C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, "La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales" *Revista del Ministerio de trabajo e inmigración*, num. 84, 2009, p. 57 ss.; J. JIMÉNEZ GARCÍA, "La imprudencia temeraria en los accidentes de trabajo", *Revista de ciencias jurídicas*, 1996, p. 206 ss.; G.R. SIMONCINI, "El comportamiento arbitrario del trabajador exime al empleador de toda obligación de indemnización", en la página web de la *Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional* (CIELO), <www.cielolaboral.com>.

Este punto de vista fundado en la obligación impuesta a alguien para tutelar el interés de los demás –que se proyecta desde la solidaridad ‘vertical’ hacia aquella ‘horizontal’–, abre el debate acerca de la censura del antipaternalismo en relación con las *bad samaritan laws*, o sea con referencia a aquellas situaciones en las cuales aunque no existiendo una específica posición de garantía y, quizás, tampoco una posibilidad de aprovechamiento, el Estado pretende de todos modos la obligación de activarse para tutelar intereses de terceros, como hizo el samaritano en la conocida parábola evangélica⁹⁸. El prototipo está representado por el delito de omisión del deber de socorro (por ejemplo, art. 195 Código penal español)⁹⁹. Según esta crítica, la previsión de estos tipos penales, admitidos en la teoría antipaternalista¹⁰⁰, constituiría una contradicción con el fundamento de la misma teoría liberal, ya que pretender que un individuo se active para proteger a otros entraría en evidente desacuerdo con la libertad reconocida a todos ante interferencias del Estado en actos que pertenecen al solo individuo, autonomía por el contrario comprometida en el caso de que se reconozca la posibilidad de prever una obligación generalizada de tutela a cargo de todos los asociados¹⁰¹.

Estas consideraciones, además, deben compararse no tanto y no solo con la pura teoría antipaternalista que expresa, como ya se ha dicho, principios ‘morales’ dirigidos a un legislador ‘ideal’¹⁰², sino sobre todo con la

⁹⁸ Recientemente sobre el tema véase J. VALENZUELA, “La narrativa del deber de ayudar a otro: Samaritanos, héroes, y superhéroes”, *Ius et Praxis*, num. 2, 2014, p. 555 ss.; J.D.R. DE RAADI, “Samaritan Ethics, Systems Science and Society”, *Systemic practice and action research*, vol. 19, num. 5, 2006, p. 489 ss.

⁹⁹ Sobre el tema véase M. BUSTOS RUBIO, “Bien jurídico y sanción penal en el delito de omisión del deber de socorro”, *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva Época*, vol. 15, num. 2, 2012, p. 157 ss.; M. ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, Valencia, 2006; D. VARONA GOMEZ, *Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Madrid, 2005.

¹⁰⁰ Cfr. J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 171, según el cual la previsión de *bad samaritan laws* es legítima porque tales tipificaciones penales están en contra siempre del principio de “daño a los demás”, ya que existe un nexo causal entre la omisión del sujeto y el daño al otro no evitado por la falta de intervención. Además, ya en la filosofía liberal clásica se admitía, ya sea excepcionalmente, la legitimidad de tales tipos penales, cfr. J.S. MILL, *Sobre la libertad*, cit.

¹⁰¹ Sobre esta censura véase H.M. MALM, “Liberalism, Bad Samaritan Law, and Legal Paternalism”, *Ethics*, 1995, p. 29; ID., “Su Feinberg in tema di paternalismo”, en A. CADOPPI (ed.), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 137 ss.; M. ROMANO, “Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale”, *ivi*, p. 160. Para una réplica a dicha crítica A. CADOPPI, “Paternalismo e diritto penale”, cit., pp. 227-228.

¹⁰² J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 4.

Constitución de un Estado, que expresa principios coercitivos dirigidos a un legislador real. La estructura moderadamente antipaternalista, solidaria o 'fraternalista' de las Constituciones de los Estados sociales, parece estar en armonía con las *bad samaritan laws*, en los límites en los que las obligaciones de tutela no sean tan neutralizadoras al punto de limitar con vigor el espacio de libertad de la generalidad de los destinatarios¹⁰³. De hecho, las órdenes de actuar en un cierto modo en situaciones dadas, dirigidas a todos los asociados, pueden resultar vínculos particularmente intrusivos en la libertad y asociadas también a ordenamientos autoritarios. Para impedir esta eventualidad, tipos penales de pura omisión que no se acompañen con una específica posición funcional, pueden encontrar legitimación solo si se encuentran dotados de un claro fundamento de legitimación solidaria dirigido a tutelar intereses específicamente importantes, como pasa en los tipos penales de omisión del deber de socorro para la protección de la integridad personal¹⁰⁴.

Buscando sacar conclusión a partir del razonamiento, parece siempre preferible configurar específicas posiciones funcionales, por ejemplo, de los sujetos dirigidos a comprobar que quien pueda tener intenciones potencialmente autolesivas sea exento de posibles errores cognitivos; en las ejemplificaciones hechas: quien cede drogas o el empleador. Esto debería imponer a estos sujetos específicas obligaciones de tutela, que pueden ser tanto más engorrosas [y procedimentalizadas] cuanto más grave es el daño potencial y concreto el relativo riesgo de realización y, cuanto más probable es un aprovechamiento de la voluntad autolesiva de los demás, como pasa cuando existen intereses imputables a terceros.

¹⁰³ C.H. WELLMAN, "Liberalism, Samaritanism, and Political Legitimacy", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, num. 3, 1996, p. 211 ss. En este caso se trata de solidaridad 'horizontal' o 'fraterna', o sea entre ciudadanos, volviendo a la ya citada distinción de S. GALEOTTI, "Il valore della solidarietà", cit., p. 10. En esta óptica 'horizontal', para las reflexiones del principio de solidaridad en el derecho penal, véase F. POLACCHINI, "Il principio di solidarietà", en L. MEZZETTI (ed.), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, pp. 249-250.

¹⁰⁴ Sobre el tema de la solidaridad y de los tipos penales de pura omisión, véase M. BUSTOS RUBIO, *Bien jurídico y sanción penal*, cit.; D. VARONA GOMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, cit. En la doctrina italiana véase D. PULITANO, "Abbandono di incapaci e omissione di soccorso", en D. PULITANO (editado por), *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Torino, 2014, pp. 111-112. Según A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, p. 1061 ss., p. 1113 ss., la violación de puros deberes de solidaridad fuera de especiales posiciones de garantía, legitima la sanción penal solo cuando se trate de *easy rescue*, con exclusión de la incriminación de la falta de cumplimiento de actos heroicos o superogatorios.

Estas obligaciones de tutela, además, en algunos casos solo pueden terminarse con la completa información, o con el relativo control, sobre los riesgos de una cierta actividad, para evitar situaciones de debilidad subjetiva dignas de ayuda solidaria. Una vez cumplidas correctamente tales obligaciones, la elección de autoexponerse al riesgo –no obstante su conciencia– debería recaer sobre uno mismo en base a los principios de autodeterminación y autoresponsabilidad, o sea de las exigencias de hacerse cargo de las propias acciones y de las relativas consecuencias¹⁰⁵. Si la voluntad es libre de otras coerciones o presiones, si a la fragilidad cognitiva ha sido puesto remedio con una adecuada información, debe ser consentida la libre y consciente decisión del individuo de tomar un riesgo. En el caso de que se insistiera en el configurar una posición de garantía a pesar de la ausencia de una efectiva vulnerabilidad subjetiva, la responsabilidad insolvente estaría direccionada hacia una clara forma de paternalismo *hard*.

11. CONCLUSIONES: LA LIBERTAD DE ‘EQUIVOCARSE’ CONSCIENTEMENTE A SU PROPRIO DETRIMENTO Y EL DERECHO FRATERO

En conclusión, no se puede no coincidir en la naturaleza subjetiva y relativa de lo que constituye el “propio bien” y el “propio mal”, no imputables a supuestas visiones objetivamente racionales y absolutas. Lo que para algunos o para la mayoría puede ser un mal, para otros puede ser considerado como un bien. Se puede decir con razón, por ejemplo, que fumar es malo, pero ¿qué hubiera sido de la fascinante obra de muchos escritores sin el rito de encender un cigarrillo¹⁰⁶? Obviamente no es posible saberlo, pero queda la convicción de que los comportamientos autolesivos, si no son objeto de constricciones o presiones indebidas, si no se encuentran viciados por una vulnerabilidad cognitiva, deben ser remitidos a la autonomía del individuo

¹⁰⁵ Sobre el principio de autorresponsabilidad de la víctima, entre otros véanse M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998, *passim*, spec. p. 145; U. EBERT, *Derecho penal. Parte general*, traducción de S. Escudero Irra, Pachuca, 2005, p. 61.

¹⁰⁶ Léase el artículo-entrevista de M. CABALLERO, “Los escritores y el humo”, *El Cultural* del 4 de enero de 2011, en el cual Caballero Bonald, Marsé, Luis Goytisolo, Armas Marcelo, Benítez Reyes, Gimferrer, Chirbes y Andrés Barba hablan en torno a la prohibición y sobre el maridaje entre tabaco y literatura.

sin injerencias forzosas del Estado, porque a cada uno tiene que ser permitido, conscientemente, equivocarse causándose daño propio, en caso de que se pueda verdaderamente hablar de error¹⁰⁷.

La solución esbozada es parte del llamado “derecho fraterno”, en oposición al “derecho paterno”: el primero es “jurado juntos” como hermanos, el segundo es impuesto por el “padre-señor” por el que solo hay que jurar. La *coniuratio* de los hermanos no está en contra del padre, el rey, el enemigo, sino es para una convivencia compartida, libre de una soberanía totalitaria y opresiva. El “derecho fraterno” es inclusivo y no violento, aborrece el poder absoluto de un Estado, un gobierno, una mayoría; es la apuesta de una diferencia respecto a un derecho que distingue entre “amigo” y “enemigo”, una diferencia en relación con el mundo que pretende regular. En la gramática de sus verbos rehuye el imperativo, no se habla de “tener que ser”. Es una “propuesta débil [...], que apuesta sin imponer, arriesgando toda decepción, pero que vale la pena cultivar: vive de las esperas cognitivas y no de la arrogancia del reglamento”¹⁰⁸.

Podemos decir, por tanto, que el llamado fraternalismo si, por un lado, conserva una matriz liberal, pluralista y anti-dogmática, que rehuye las verdades absolutas que deben imponerse a los demás; por otro lado, se basa en el principio de solidaridad, tanto vertical (desde el Estado al ciudadano), como horizontal (entre los ciudadanos). No se trata de un modelo puramente

¹⁰⁷ La referencia es en primer lugar a J. WALDRON, “A Right to Do Wrong”, *Ethics*, 1981, p. 21 ss., ahora en ID., *Liberal Rights*, Cambridge, 1993, p. 63 ss., que ha abierto la cuestión acerca de si existe un derecho moral a hacer lo que es moralmente equivocado. Véase también A. OLLERO, “Derecho a lo torcido”, en V. PUIG (coord.) *El fraude del buenismo*, Madrid, 2005, p. 63 ss.; y las diferentes contribuciones sobre el tema presentes en *Ragion pratica*, 2005: F. BIONDO, B. CELANO, “Premessa”, p. 13 ss.; D. ENOCH, “Il diritto di violare un proprio dovere”, p. 17 ss.; A. HAREL, “Esiste un diritto a sbagliare fondato sull’autonomia?”, p. 39 ss.; G. ØVERLAND, “Il diritto a sbagliare. Sul presunto diritto morale di fare ciò che è moralmente sbagliato”, p. 59 ss.; E. GARZÓN VALDÉS, *I limiti del diritto a sbagliare: multiculturalismo, paternalismo e tolleranza*, p. 81 ss.; E. DICIOTTI, “Preferenze”, cit., p. 99 ss.; F. BIONDO, *La disobbedienza civile tra testimonianza ed efficacia*, p. 119 ss.; A. SPENA, “Un diritto di agire in modo penalmente illecito?”, p. 139 ss.; N. GULLO, “L’abuso del diritto nell’ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto”, p. 181 ss.

¹⁰⁸ Cfr. E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma - Bari, VI ed., 2011, *passim*, spec. p. 134, (n. del t.). Sobre el tema, de lo mismo Autor, consulte “El derecho fraterno. Igualdad y diferencia en el sistema de derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1994, p. 187 ss.; y “La comunidad inconfesable y el derecho fraterno”, en H. SILVEIRA (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 211 ss. Sobre el tema véase también S.R. MARTINI VIAL, “Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita”, *Contribuciones desde Coatepec*, num. 12, 2007, p. 123 ss.

liberal, porque el Estado social de derecho tiene la obligación de llevar a cabo actividades concretas en favor de los intereses protegidos por el reglamento a partir de los derechos fundamentales. Esta perspectiva ‘fraterna’, por otra parte, es incompatible con las formas reales de paternalismo, porque el principio de solidaridad y la necesidad, relacionada con él, que pretende eliminar los obstáculos que limitan la libertad y la igualdad de los ciudadanos, contemplan el derecho de todos a perseguir “su propio bien” incluso gracias al auxilio ofrecido por el Estado u otros asociados, pero este auxilio debe ser libremente aceptado y no puede ser impuesto sobre la base de supuestas visiones racionales y absolutas de lo que constituiría el “verdadero bien”.

La visión fraterna del derecho penal, en fin, puede legitimar esas normas que pretenden ‘mantener’, dentro de ciertos límites, las elecciones a primera vista autolesivas, cuando estas pueden ser el resultado de errores o limitaciones cognitivas, incluso de acuerdo con las adquisiciones más recientes en las neurociencias. El Estado, por lo tanto, no parece legitimado a comportarse como un ‘padre’, sino más bien como una especie de “hermano” mayor con la tarea de proponer, dirigir hacia la superación de estas limitaciones cognitivas, sin imponer una visión totalizante del bien de los demás.

MARIO CATERINI
Università della Calabria
Dipartimento di Scienze giuridiche
Via P. Bucci, Cubo 3/b
87036 Rende (Cs)
Italia
e-mail: mario.caterini@unical.it