

*Cuaderno: Los problemas políticos y jurídicos
de la autodeterminación*

LA AUTODETERMINACIÓN
COMO AUTONOMÍA ABSOLUTA

Danilo Castellano

1. Premisa

El título necesita una aclaración preliminar. Para favorecer la comprensión de lo que se va a decir en seis tesis y una conclusión resulta oportuno, en efecto, precisar de qué autodeterminación y autonomía se trata. Es oportuno, a continuación, indicar cuál es el sujeto de la autodeterminación. Y es oportuno, además, circunscribir la cuestión a fin de hacer claro, evidente, el objeto sobre el que se quiere poner la atención.

Digamos de inmediato que la autodeterminación de que vamos a hablar es la que la cultura hegemónica occidental atribuye al individuo humano. En otras palabras, es la autodeterminación subjetiva, entendida como derecho a ejercitar cualquier opción sin interferencias de voluntades ajenas (1).

La autonomía, a su vez, consistiría en el poder perseguir –y esta búsqueda debiera considerarse siempre legítima– cualquier fin sin deber «responder» ante nadie, ni siquiera ante Dios. La autonomía no sería la facultad de reconocer uno mismo las normas (pues el reconocimiento, en efecto, constituiría ya un «límite» a la voluntad, que vendría dado primeramente por su existencia), sino el poder de darse las

(1) Es el «concepto» de propiedad de Locke, que anticipa la concepción de libertad del liberalismo.

normas por sí mismos, que dependerían por tanto tan sólo de la voluntad del sujeto: el sujeto no estaría regulado por las normas, sino que sería el *dominus* de las normas, poniéndose como regla de éstas y, antes aún, como condición de su existencia.

No hablaremos por tanto de la autodeterminación política, sino tan sólo de la autodeterminación del sujeto, de su pretensión de ser soberano sobre sí mismo.

2. Primera tesis

La primera de las tesis en que hemos dicho vamos a articular nuestro discurso exige una aclaración conceptual sobre la autodeterminación (2). Puede hablarse de ésta, simplificando las cosas al máximo, en dos sentidos muy distintos y alejados entre sí.

El sujeto tiene primeramente el derecho de autodeterminación por naturaleza. Lo requiere su esencia. Pues, en efecto, es libre por naturaleza. Nadie tiene el poder de hacerlo esclavo y de imponerle decisiones que no son suyas, aunque a veces «sus» decisiones no se deban directa y explícitamente a su voluntad. Es el caso, por ejemplo, de muchas decisiones que se adoptan en nombre y por cuenta del menor (cura o intervención quirúrgica de tipo terapéutico, solicitud del bautismo, etc.: decisiones que se toman por su bien y en el respeto del orden natural o el fin último del hombre por parte de quien ejercita la patria potestad o la tutela). Nadie, sin embargo, tiene el poder de imponer al sujeto el matrimonio. Nadie tiene el poder de hacerle aceptar una donación. Nadie puede forzarlo a contraer obligaciones no queridas. Estas y otras decisiones son personales, que sólo puede adoptar el sujeto capaz de obrar. El sujeto, en efecto, es absolutamente libre de autodeterminarse en las decisiones legítimas como desee. Este es el presupuesto, en último término, del derecho. Es la condición de la responsabilidad (civil) y de la imputabilidad (penal).

(2) Una contribución relevante para la profundización de la cuestión es la de Rudi Di MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

En la cultura de derivación gnóstica (particularmente en la de origen protestante, que caracteriza hoy toda la cultura occidental), la autodeterminación, en cambio, ha sido (y es) comprendida como la posibilidad/derecho de ejercitar cualquier opción: posibilidad que sería el fundamento de la «libertad negativa», esto es, de la libertad ejercitada sin criterios, que sería la única y verdadera libertad.

Entre la libertad responsable y la «libertad negativa», por tanto, hay un abismo. La primera es simple ejercicio del libre arbitrio; la segunda es libertad arbitraria.

3. Segunda tesis

También se puede hablar de autonomía en dos sentidos. Según el significado clásico, en efecto, la autonomía es la capacidad de conocer las normas por sí mismo. Cualquier norma: ética, jurídica, etc. Es, pues, la capacidad de determinar el orden natural de las «cosas» y de obrar respetándolo. En otras palabras, la autonomía clásica es conducida por la razón contemplativa y no por la pasión o el capricho de la voluntad. El hombre, al término de su desarrollo natural, esto es, cuando se convierte en mayor de edad, debe ser capaz de ser dueño de sí mismo. Un autor clásico, Aristóteles, observó que el hombre debe hacerse y ser capaz de independencia, es decir, en condición de poder tomar decisiones «buenas» con plena autonomía, sin necesidad de la guía de otros y menos aún de (por usar el lenguaje kantiano) imposiciones heterónomas. Al hombre maduro le basta (*rectius*, debiera bastarle) la razón.

Pero también se puede hablar de autonomía en otros términos. La *modernidad*, en efecto, la identifica con la *sobreranía subjetiva*. Lo que significa que el hombre no conoce las normas, porque no hay y, si existen, son absolutamente convencionales. Las normas son creadas por él, con finalidades frecuentemente operativas: garantizar la convivencia de los arbitrios, tutelar la propiedad, asegurar el bienestar meramente animal, etc. Incluso quien, como por ejemplo Kant, les asigna una finalidad universal (que representaría el criterio de su legitimidad), no escapa al convencionalismo

creado por la razón operativa, en verdad calculadora, aunque a veces se defina erróneamente como teórica. Las normas dependen, incluso en este caso, de la voluntad humana. Son reglas para la misma sólo dentro de los límites del utilitarismo, vale decir, en cuanto se entienden como instrumentos para los propósitos indicados por el hombre como útiles aunque sean ajenos a su naturaleza. La autonomía de la *modernidad* es nihilista. Postula, en efecto, la ausencia del derecho natural tanto cuando elige la pura anarquía como cuando opta por reglas universales convencionales, a veces impuestas despótica cuando no totalitariamente (como, por ejemplo, en el caso del *republicanismo* de Rousseau y de Kant). Esta autonomía es la autodeterminación moderna llamada con otro nombre.

4. Tercera tesis

La autonomía moderna conduce a considerar el *derecho subjetivo* como *pretensión*. No se trata de un eslogan. Es más bien la versión postmoderna de la *modernidad jurídica*. Ésta, en efecto, entendía que el derecho del sujeto fuese el que (y sólo el que) le atribuía la norma: *facultas agendi* basada en la *norma agendi*, se leía en los manuales de derecho. El derecho subjetivo, en otras palabras, encontraba fundamento y legitimación en la voluntad/poder del Estado. Era el Estado soberano quien decidía que debía considerarse derecho y lo «ponía» arbitrariamente como tal. *La posmodernidad jurídica* contesta este nihilismo jurídico institucional. Afirma, contra el Estado, que el titular de este poder es la «persona» y que el Estado es servidor de la voluntad soberana del individuo. Éste tendría, por ello, el poder de afirmar siempre la propia voluntad, salvo algunos límites (muy elásticos, por lo demás) impuestos por la convivencia. Si la voluntad individual no lograra realizarlo por sí sola, el Estado estaría obligado a concurrir a su realización. El ordenamiento jurídico sería el instrumento no para ordenar la sociedad según la justicia sino para permitir a todos y a cada uno realizar sus proyectos, deseos, aspiraciones. Incluso los «desordenados». En el extremo, pues, el ordenamiento no sería necesariamente

un instrumento jurídico: debiendo favorecer incondicionalmente toda demanda del sujeto se convertiría en un instrumento funcional, casi un instrumento neutral. El derecho, tanto el clásico (es decir, el que es determinación de lo justo) como el moderno (es decir, el que se establece por la norma positiva), es en último término incompatible con la autonomía moderna: la autodeterminación, entendida como *soberanía subjetiva*, postula en efecto su ausencia, aunque de hecho resulte imposible. La «libertad negativa», que representa la esencia de la *soberanía subjetiva*, es instancia anárquica, contraria tanto a la sociabilidad natural del ser humano cuanto a su naturaleza. La autonomía moderna, por tanto, es una *aporía* de la modernidad. Y, en cuanto aporía, es contradicción insuperable. Propiamente una opción utópica, un espejismo perseguido absurdamente.

5. Cuarta tesis

El sueño de poder garantizar al sujeto la realización de cualquiera de sus pretensiones deriva, como he tratado de demostrar en distintos ensayos (3), de la doctrina del personalismo contemporáneo, que no es consideración de la persona sino más bien su verdadera y propia destrucción. Todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales están animados por este propósito de asegurar al individuo la «plena realización» de sí mismo. No de sí mismo según su naturaleza, sino de su voluntad definitiva. Debe observarse primeramente que ésta es una característica común a las constituciones post-weimarianas, basadas en la soberanía popular y en el llamado principio de autodeterminación de la persona (que la soberanía popular postula). La primera, en efecto, sería el presupuesto (y en parte aplicación) del segundo: el orden jurídico se construiría sobre la base de decisiones puramente voluntaristas del conjunto de personas, ciudadanos de un Estado. Éste, por tanto, sería el resultado de meras opciones, expresión contingente de la «libertad

(3) Véase, principalmente, Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

negativa» del cuerpo electoral. La Constitución, en otras palabras, sería el producto (denominado jurídico) de decisiones que derivan del ejercicio de la autodeterminación moderna, que cae así en otra contradicción, pues al regular la vida social según una decisión contingente (representada por el pronunciamiento del cuerpo electoral o de una asamblea) no permite autodeterminaciones ulteriores. No permite, sobre todo, la autodeterminación de quien no ha podido votar pero está sujeto a la Constitución, de quien ha votado eventualmente en sentido contrario, de quien (aunque hubiera votado de acuerdo) ha cambiado de parecer con posterioridad. Es –como es sabido– uno de los problemas del llamado «poder constituyente» (4). Las constituciones contemporáneas de los países occidentales, dentro de los límites de estas contradicciones, garantizan la autodeterminación absoluta de la persona. El espacio dentro del que la persona puede autodeterminarse es, pues, residual. Su soberanía subjetiva se ejerce, con frecuencia, dentro de recintos «cerrados». La jurisprudencia de algunas Cortes constitucionales, sin embargo, ha abierto brechas a estos recintos. Bastaría pensar en que, a veces, estas Cortes han reconocido como derecho subjetivo garantizado constitucionalmente la opción personal contraria a deberes definidos como públicos e impuestos por la Constitución como inderogables: una Corte constitucional, en efecto, ha sancionado el principio según el cual «la previsión de exenciones privilegiadas del cumplimiento de deberes públicos calificados por la Constitución como inderogables» debe reconocerse como un derecho constitucional garantizado que se encuentra en presencia de opciones planteadas por la conciencia individual (libertad *de* conciencia), pues que la misma conciencia representa un valor constitucional elevado (Corte constitucional italiana, Sentencia n. 467/1991).

La legislación ordinaria, a continuación, «aplica» coherentemente y necesariamente este principio. Hay países, como Alemania por ejemplo, en los que el incesto se ha

(4) Para algunos aspectos de la cuestión, cfr. Miguel Ayuso (ed.), *El problema del poder constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2012, sobre todo págs. 137 y sigs.

definido como un derecho subjetivo (5). En otros países, como por ejemplo Italia, la pornografía suministrada por el Estado se ha considerado un derecho de la persona que debe asegurarse por los servicios públicos (6). En muchos países (España, Irlanda, Italia, etc.), se ha instituido el «matrimonio» entre personas del mismo sexo, a veces llamado «unión civil», aunque sea contrario a la naturaleza del matrimonio y a todo principio de civilización. Se halla difundido un poco por doquier el reconocimiento del derecho de procurar voluntariamente el aborto. La eutanasia se considera un derecho de la persona, como el suicidio asistido. Las «disposiciones anticipadas de tratamiento» (es decir, el llamado «testamento biológico») se han incluido en diversos ordenamientos, puesto que la disponibilidad de la propia vida se considera un derecho absolutamente disponible de la persona, que –se dice– puede hacer de sí lo que quiere (autodeterminación de su voluntad (7)).

6. Quinta tesis

Al haber sido hechas en serie las constituciones contemporáneas de los Estados occidentales, resulta inevitable que la jurisprudencia de las Cortes constitucionales siga líneas hermenéuticas comunes. En otras palabras, aunque se encuentren a veces algunas interpretaciones parcialmente diferentes (lo que se debe con frecuencia tan sólo a contextos

(5) En este sentido se ha pronunciado el 25 de septiembre de 2014 el Deutscher Ethnikart (Comité Ético Nacional) de Alemania, recomendando anular del art. 173 del Código penal tudesco el párrafo que castigaba el incesto (considerado por la mayoría del Comité un «tabú social» y contrario a la libertad). El pronunciamiento del Comité Ético Nacional resulta vinculante para la magistratura de la República Federal Alemana, que ha archivado en efecto inmediatamente un procedimiento por incesto que había levantado en Alemania discusiones, contraposiciones y desorientación.

(6) Véase la ley n. 223/1990 de la República italiana, llamada «Legge Mammì».

(7) Algunos ordenamientos, como por ejemplo el italiano, conservan a este respecto prohibiciones significativas. Véase el art. 5 del Código civil, el art. 50 del Código penal, el Decreto del Presidente de la República n. 211/2003.

sociales no idénticos), la jurisprudencia de las Cortes constitucionales es sustancialmente uniforme en el mundo occidental. En todas partes se reconoce el derecho de la persona a la autodeterminación absoluta, entendida ésta según la *Weltanschauung* moderna, tal y como se ha apuntado en la segunda tesis. La Corte constitucional italiana, por ejemplo, ha afirmado con vigor esta interpretación y ha aplicado con decisión esta «lectura» de la Constitución, sobre todo a partir de los años ochenta del siglo pasado, afirmando que el principio de autodeterminación absoluta de la persona es uno de los dos ejes sobre los que se apoya la República (cfr., por ejemplo, las Sentencias n. 203/1989, n. 13/1991, n. 334/1996). Lo que vale igualmente para las Cortes constitucionales de otros países.

No faltan las contradicciones en estas sentencias, ya que la autodeterminación absoluta de la persona difícilmente permite mantener fórmulas procesales y, más en general, prescripciones que (en cuanto reguladoras) son simultánea y necesariamente de por sí limitadoras de la voluntad del individuo.

Lo que debe subrayarse en cualquier caso es que el efecto irradiante de la jurisprudencia de las Cortes constitucionales, válida *erga omnes*, vincula también a las Cortes de justicia. Debe señalarse, en efecto, desde hace tiempo, a causa de las Constituciones y debido a los efectos de la jurisprudencia de las Cortes constitucionales, una nueva «dirección» jurisprudencial de las Cortes de legitimidad. Es ésta una jurisprudencia a veces incierta, oscilante, que se ha ido afirmando gradualmente, con frecuencia lentamente y con dificultad. Pero que parece inspirarse siempre más en el principio de absoluta autodeterminación de la persona, considerado el más fundamental de los derechos fundamentales. Así se ha llegado a reconocer como legalmente obligatorio el respeto de la voluntad (incluso de la construida sobre la base de declaraciones lejanas y de comportamientos no unívocos del sujeto, contraria al orden ético y jurídico aunque, a veces, conforme al ordenamiento positivo) y como legítima la (presunta) decisión de poner fin a la propia vida de quien ingresaba en un estado definitivo «vegetativo» y se hallaba

privado de toda perspectiva de recuperación de la salud. Recuérdense, por ejemplos, los «casos» Terry Schiavo, producido en los Estados Unidos de América (2005), y Eluana Englaro, que explotó y se resolvió en Italia (2009).

Aun no considerando tales casos, y por tanto, no insistiendo sobre ellos, puede destacarse que el derecho a la autodeterminación absoluta ha sido central para la solución de otros relativos al resarcimiento por daños al haber nacido con malformaciones, pero también por el simple daño del nacimiento. A este respecto resulta clamorosa la sentencia del pleno de la Corte de Casación francesa de 17 de noviembre de 2000, que debía decidir un caso, muy controvertido, en el que se reclamaba el resarcimiento del daño tanto por la madre (que sostenía que, por falta de información, no había podido interrumpir el embarazo y, por tanto, ejercer el derecho de autodeterminación) como por el sujeto nacido con una discapacidad debida a la rubeola contraída por la madre durante la gestación. El *petitum* de este último tenía que ver con el resarcimiento *iure proprio* por haber nacido con malformaciones. Se trata, pues, del reconocimiento del *ius proprium* del actor a reclamar el resarcimiento del daño. Acción que será reconocida años después también por la Corte de Casación italiana (cfr. Sentencia de 2 de octubre de 2012, n. 16754). Aquí, de todos modos, no interesa la parte dispositiva de la sentencia, que es innovadora. Destaca, en cambio, por una parte, la acogida como legítima de la *causa petendi*, que abre (al menos potencialmente) la acogida de otras y más radicales instancias. Por ejemplo, la reclamación del resarcimiento del daño por el hecho simple de haber nacido, si bien los pronunciamientos de las Cortes supremas hasta ahora hayan sido contrarias generalmente (aunque no unánimemente) a acoger tales instancias (véanse, por ejemplo, las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América de 22 de enero de 1973 y de la Corte de Casación italiana n. 9700, de 3 de mayo de 2011; n. 16754, de 2 de octubre de 2012, y 25767 de 22 de diciembre de 2015, esta última del pleno). Por otra parte, debe subrayarse el hecho (absurdo para el sentido común) de que el derecho violado a la autodeterminación absoluta

de la persona es considerado premisa legal para el reconocimiento del derecho al resarcimiento del daño derivado de la falta de supresión del *nasciturus*: el derecho surgiría de un no-derecho, más aún, de lo que debería considerarse delito y que a la luz del derecho afirmado a la autodeterminación absoluta no puede seguir siéndolo.

Lo que cumple evidenciar aquí no es tanto la solución de los casos. Sino más bien el hecho de que para la solución de las controversias se invoque constantemente el derecho a la autodeterminación subjetiva y de que donde ésta no hubiese sido posible se entendiese hubiese surgido, siempre y en todo caso, el derecho al resarcimiento del daño.

Resulta singular la tesis –nueva y particular– del daño por haber nacido, cuyo resarcimiento se reclama también por personas sanas que entienden sin embargo que la vida sea un mal que «otros» les han procurado (8). Este daño no ha sido reconocido, pero se ha pedido su resarcimiento y la solicitud ha sido considerada ritualmente como legítima. Se ha llegado, pues, al absurdo: el sujeto, según los actores y algunas Cortes, tendría el derecho a la autodeterminación antes de nacer, más aún, antes de ser concebido. Es el límite extremo de la aplicación de un principio que no puede encontrar ni acogida ni aplicación.

7. Sexta tesis

La autodeterminación moderna, para ser tal y de resultas ejercitable efectivamente, impondría al sujeto no asumir ningún compromiso. Deberían evitarse, sobre todo, los definitivos. Las obligaciones contractuales, por ejemplo, deberían ser todas temporales. El matrimonio debería ser disoluble.

(8) Es elocuente, a este respecto, una controversia habida en los Estados Unidos de América en el lejano 1963. Es verdad que en el caso *Zepeda v. Zepeda* (resuelto con Sentencia de la Corte de Apelaciones de Illinois de 3 de abril de 1963, 190 N.E. 2ed 849), el recurrente era hijo adulterino y lamentaba que el padre le hubiera dado una vida marcada por el *status* de hijo ilegítimo. El recurso, sin embargo, se orientaba a obtener el resarcimiento del daño de una «vida injusta». El fondo de la demanda se rechazó por la Corte, pero se admitió procesalmente. Lo que significa que se consideró procesalmente legítima.

Hasta las obligaciones naturales deberían anularse cuando el sujeto declarara no querer cumplirlas. La autodeterminación moderna, así, minaría la raíz de la sociedad civil. Dos formas de justicia, la conmutativa y la legal, desaparecerían con toda seguridad. Sólo quedaría la distributiva, si bien más que justicia pasaría a ser una concesión general y difundida. La autodeterminación moderna haría todo incierto y precario. Favorecería el conflicto social y eliminaría todo deber, incluso los que se refieren a uno mismo. Todos los ordenamientos jurídicos estarían deslegitimados. Incluido el canónico. No es casual, en efecto, que se sostenga desde hace tiempo por insistencia en distintos lugares sobre la ilegitimidad de la administración del sacramento del Bautismo a los menores, particularmente a los recién nacidos. Al administrárselo, se dice, no se les reconocería la posibilidad de ejercer el derecho a la autodeterminación. Sería, sin embargo, ilegítima en cuanto violaría lo que la *modernidad jurídica* considera el más fundamental de los derechos fundamentales, el de la autodeterminación personal absoluta, e incluso si el sacramento del Bautismo se administrara a quien se halla en la condición de ejercitar la autodeterminación, porque el Bautismo imprime carácter, indeleble, y no puede darse marcha atrás del mismo una vez recibido, como –en cambio– pretenden poder hacer los que reivindican el derecho de «desbautizarse», afirmando gozar en todo momento del derecho de autodeterminación personal absoluta.

8. Conclusión

El derecho subjetivo a la autodeterminación personal absoluta, pues, sólo impropiamente puede llamarse derecho. Es propiamente, como se ha afirmado al inicio, una pretensión, es decir, la reivindicación de la legitimidad del ejercicio de la *soberanía subjetiva*. El individuo, por tanto, reivindica coherentemente el *señorío* sobre el derecho. Se trata de una reivindicación absurda, intentada varias veces a lo largo de la historia. Cada vez que se ha afirmado ha llevado a tragedias: donde, en efecto, triunfa la irracionalidad, se acaba siempre en una heterogénesis de los fines. El personalismo

contemporáneo, heredero de la gnosis e hijo del liberalismo, no podía tampoco huir de esta conclusión inevitable.

Son consideraciones que habría que desarrollar en otra sede. Lo que aquí –concluyendo– debe destacarse es que la legislación de los Estados occidentales (aunque a veces con oscilaciones o contradicciones) y el ordenamiento comunitario de la Unión Europea se han aplicado a la progresiva afirmación del derecho de autodeterminación absoluta de la persona. La jurisprudencia de los tribunales ordinarios, de las Cortes constitucionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos consolidan aún más este derecho, expresión de los derechos humanos como facultad de instaurar el orden que se entiende preferible por sí mismo tanto a nivel social como personal, fórmula jurídica que esconde la afirmación de la anarquía. En suma, el «manto jurídico» de una pretensión antijurídica.