

DE LA SOBERANÍA SOBRE SÍ MISMOS

Danilo Castellano

1. Una constante oscilación humana

La que con expresión ambigua se llama soberanía del propio cuerpo es una *vexata quaestio*. A lo largo de la historia se ha reclamado con frecuencia el derecho a disponer de sí mismo *ad nutum*, esto es, hacer de sí lo que se quiere. Se han dedicado tratados enteros a la *potestas in se ipsum*. Bastaría recordar a este respecto el del jurista toledano Balthazar Gómez a inicios del siglo XVII. Tema que siempre vuelve y en todo caso resulta muy actual. Hace poco lo abordaba, por ejemplo, el historiador del Derecho de la Universidad de Bolonia, Marco Cavina (1).

Desde la antigüedad la cuestión fue objeto de consideración, debate y reivindicación. Los clásicos, a este respecto, vacilaron, aunque algunas legislaciones previeran penas para los suicidas, como la amputación de sus manos y la sepultura de sus cadáveres fuera de la ciudad, o reservaran modalidades particulares a éstos, prescribiendo de hecho fueran arrojados a fosas comunes, como los de los asesinos comunes. Pero los clásicos, sobre todo por influjo del estoicismo, vieron también a veces en el suicidio un gesto de gran valentía, aunque Séneca –que se «suicidó» por imposición de Nerón– hablara de «asesinato» con respecto a lo que se le había impuesto. Otras veces lo «autorizaron» ante motivaciones que, examinadas por la autoridad, consideraba válidas, como ocurrió en la colonia griega de Massilia, la actual Marsella.

(1) Véase Danilo CASTELLANO (ed.), *Eutanasia: un diritto?*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, págs. 55-76.

2. El giro de la modernidad

El giro ocurrió con la modernidad. Desde sus albores, esto es con Lutero, acoge el principio de que nadie puede imponer nada a otro sin su consentimiento. Lutero, en efecto, afirmó *apertis verbis* que la libertad postula la ausencia de ley: la libertad evangélica, en efecto, comporta a su juicio sobre todo la destrucción de todas las leyes. A nadie puede imponerse leyes que no haya aceptado libremente (2). La modernidad ha desarrollado coherentemente este principio. Ésta, en efecto, ha pasado de la posición luterana, apenas aludida, a la teoría política roussoniana, según la cual las leyes registran la voluntad de los ciudadanos. Los ordenamientos jurídicos contemporáneos se caracterizan por la opción personalista, como escribe acertadamente Livio Paladin, por ejemplo, refiriéndose a la Constitución italiana de 1947 (3). Esta opción se invoca como garantía de la absoluta libertad de la persona, *rectius* de la absoluta libertad de su voluntad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano la considera explícitamente uno de los dos ejes del ordenamiento constitucional vigente (cfr., por ejemplo, sentencia núm. 334/1996). El Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que en virtud del principio personalista, superior a los demás principios, se puede llegar a derogar incluso deberes que se definen inderogables por la Constitución (Sentencia núm. 467/1991). Se trata de la afirmación más radical del derecho como pretensión subjetiva, que crea distintos problemas al ordenamiento, hasta el punto –en último término– de no legitimar su existencia.

3. Una reclamación significativa

A la luz de esta *Weltanschauung* debe considerarse el referéndum tendente a legitimar la eutanasia en Italia. La recogida de firmas para obtenerlo ha sido promovida por

(2) Martín LUTERO, *La cautividad babilónica de la Iglesia*, vers. italiana, ahora en *Scritti politici*, ed. de Giuseppina Panzieri Saija, Turín, Utet, 1949, p. 292

(3) Livio PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padua, Cedam, 1991, p. 562.

asociaciones que se inspiran en la cultura radical, esto es, uno de los desarrollos más coherentes de la doctrina liberal. Recogida que, cuando escribimos estas líneas, aún no se ha completado. Si se alcanzase el número la convocatoria de referéndum para la abrogación parcial del artículo 579 del Código penal deberá superar el juicio de constitucionalidad. Desde este ángulo no parece que haya demasiados problemas: la Constitución –lo demuestra la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, sobre todo después de 1989– ha recibido la *libertad negativa*, que no es simplemente la *libertad de*, al tratarse propiamente de la libertad ejercida con el único criterio de la libertad, esto es, sin ningún criterio. La recogida de firmas para legitimar la *eutanasia activa* representa, por tanto, la reclamación coherente de aplicación integral del principio de autodeterminación absoluta del sujeto, *rectius* de su voluntad. Por esto es de entenderse –aunque las sorpresas y contradicciones son siempre posibles– que ésta no encuentre obstáculos en el juicio de constitucionalidad que la Corte Constitucional está llamada a realizar; obstáculos que en cambio ha encontrado inopinadamente.

4. Comentarios al contenido de la reclamación y a la inversión de la *ratio* ordinal obrada en el Código penal

La abrogación parcial del artículo 579 del Código penal (que castiga el homicidio consentido) transforma su *ratio*. El legislador de 1930, en efecto, quiso castigar –y castigó– el homicidio en sí, aun cuando fuese causado por una acción solicitada por quien (teniendo la capacidad de obrar, pero no estando legitimado a disponer válidamente de un derecho suyo) es su víctima, víctima voluntaria. La abrogación parcial del artículo 579 del Código penal, reclamada por los promotores de la recogida de firmas para el referéndum, castiga en cambio a quien ocasiona la muerte de un hombre con su consentimiento sólo si éste es menor de edad (falta, pues, de la capacidad de obrar), enfermo mental o deficiente psíquico (aun momentáneamente imposibilitado de decidir libremente, por ejemplo a causa de la ingesta de

bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes), así como en el caso de que su consentimiento se haya arrancado con violencia, intimidación, dolo o engaño (en el caso de que el consentimiento sea tan sólo formal y no sustancial). La *ratio* del artículo, así, se transforma radicalmente: el homicidio de quien consiente no se castiga si el que muere está determinado en tal sentido, lo reclama y se halla en las condiciones de poder obrar y lo hace con libre voluntad. La inversión de la *ratio* es total: en la disposición del legislador de 1930 el homicidio de quien consiente siempre se castiga, porque nadie puede disponer del derecho a la vida; en la disposición que resultaría de la (eventual) abrogación parcial propuesta y aprobada en referéndum el homicidio se considera delito solamente cuando se comete sobre persona, que por las causas que hemos enumerado más arriba, no está legitimada a disponer de sí misma. El artículo 579 del Código penal italiano, eventualmente modificado, convertiría en legítimo el homicidio consentido y la eutanasia activa sobre la base de la autodeterminación absoluta de la voluntad subjetiva, aunque ejercitada en las formas establecidas por las normas positivas en vigor.

5. Autodeterminación de la voluntad y ordenamiento jurídico: contradicciones inevitables

Ateniéndonos al llamado principio de autodeterminación de la persona, tal y como lo ve el Tribunal Constitucional, deben destacarse algunas contradicciones del ordenamiento jurídico vigente. Por una parte se reconoce a la persona el derecho de autodeterminarse *ad nutum*. Tanto que la legislación ordinaria se ha conformado, aunque gradualmente y no sin dificultades, a las disposiciones constitucionales. Piénsese, por ejemplo, en la abrogación de la normativa vigente con anterioridad a la Ley núm. 164/1982, relativa al cambio de sexo para finalidades no estrictamente terapéuticas, o a la prohibición anterior a los años setenta del pasado siglo de la contracepción y del aborto procurado, o incluso a la necesidad de la Ley núm. 458/1967 para la donación gratuita del riñón. En 2017 se ha aprobado la

Ley núm. 219, que permite al sujeto decidir acerca del tratamiento que recibir al fin de su vida. Esta adecuación de la legislación, en el plano del derecho positivo vigente, será obligada, al ser la Constitución norma superior a las ordinarias. Lo que, sin embargo, evidencia la incoherencia del ordenamiento. El artículo 5 del Código civil, considerado justamente principio general del ordenamiento y nacido de un caso resonante de los años treinta, que causó escándalo y revuelo, sigue en vigor a pesar de que dispone la indisponibilidad del propio cuerpo por el sujeto. Es verdad que la jurisprudencia de la Corte de Casación ha tornado la disposición de estática en «dinámica». Pero aun la interpretación «dinámica» no excluye límites a la autodeterminación de la voluntad subjetiva. Puede observarse que se trata de una contradicción debida, por una parte, al estado de necesidad, y de otra al hecho de que la norma civilista del Código de 1942 encontraba inspiración en doctrinas no personalistas, dictada así por *rationes* lejanas a las constitucionales. Es cierto, Pero también que aun después de la entrada en vigor de la Constitución republicana se aprobaron normas que limitaban la autodeterminación subjetiva. Piénsese en lo que previene el Decreto de la Presidencia de la República núm. 211/2003, relativo a la experimentación farmacológica y clínica. Téngase en cuenta igualmente que en 2017, esto es, en el mismo año en que se aprobó la citada Ley núm. 219, relativa al testamento biológico, entró en vigor el Decreto Ley núm. 119, que impone la vacunación obligatoria para los menores de edad. Se trata de una decena de vacunas a las que deben someterse los menores de dieciséis años, sin que expresen su voluntad, frente a lo que afirma el artículo 4, a) del citado Decreto de la Presidencia de la República núm. 211/2003. Como resulta de los ejemplos –a los que podrían añadirse otros– el ordenamiento no aplica coherentemente (o al menos no lo aplica siempre) el principio de autodeterminación de la voluntad de la persona. Oscila, en efecto, entre Escila y Caribdis, es decir, entre el reconocimiento de la legitimidad de cualquier opción individual y la imposición de tratamientos (a veces no queridos y en ocasiones incluso rechazados explícitamente) que lo contradicen abiertamente.

6. La reclamación indirecta de aplicación de la Constitución

No hay duda de que el referéndum de abrogación parcial del artículo 579 del Código penal comporta una degradación, una ulterior degradación, del derecho a la vida. Pues, si se aprobase la abrogación parcial, dejaría de considerarse indisponible. Al contrario, entraría dentro de los derechos de los que el individuo humano puede «disponer válidamente» (artículo 50 del Código penal). Entendámonos. La degradación ya se ha producido hace tiempo. En efecto, el ordenamiento jurídico italiano, con la Ley núm. 219/2017, permite disponer del derecho a la vida, aunque con algunas condiciones y disposiciones subjetivas ciertas. Pero hay más. El mismo ordenamiento permite disponer, aunque también con ciertos límites y presupuestos, del derecho a la vida de otros. La Ley núm. 194/1978, confirmada con referéndum en 1981, considera disponible el derecho a la vida del *nasciturus* por parte de la gestante. La abrogación parcial del artículo 579 del Código penal, sin embargo, representa pasos ulteriores hacia el reconocimiento pleno de la legitimidad de disponer *ad nutum* de este derecho. A este respecto debe constatarse que el mismo Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la legitimidad constitucional de la Ley 194/1978. El mismo Tribunal, después, llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 580 del Código penal (inducción o auxilio al suicidio), evidenció con su Sentencia núm. 242/2019 el cambio de paradigma obrado por la Constitución: el bien jurídico protegido por las normas constitucionales sería la libertad y no la vida, o mejor, el bien jurídico libertad primaria sobre el de la vida. Lo hemos subrayado en otra ocasión (4). Lo que significa que la (eventual) aprobación en el referéndum indicaría la coherente aplicación de la Constitución.

7. Una consecuencia que es un problema

Debe notarse en este punto que la aplicación coherente de la Constitución no es de suyo fundamento de la legiti-

(4) Danilo CASTELLANO y Rudi DI MARCO, «Le motivazioni della Corte costituzionale sul suicidio assistito: ulteriore atto di “protezione dell’anarchia” da parte del giuspositivismo assoluto», *FiloDiritto* (Bologna), 10 de diciembre de 2019. Se trata de una revista digital.

dad de sus disposiciones. El derecho a la vida está «protegido» pero no constituido por el ordenamiento jurídico positivo. Pero no solo. El cambio sustancial de las normas positivas revela, por una parte, que están sujetas a mutaciones, a veces necesarias y otras arbitrarias (caso éste en que no pueden ser participación del derecho); y, de otra, que pueden considerarse legítimas no por razones formales (coherentes respecto a las disposiciones del ordenamiento constitucional y adoptadas con respeto a los procedimientos establecidos) sino más bien sustanciales. Por ello, el derecho a la vida, que –como veremos dentro de poco– es antes que nada un deber, no está instituido por los hombres: éstos están obligados a respetarlo, lo que lo hace indisponible. No hay paradigma que valga. El único válido es el del derecho natural, «rechazado» por la Constitución republicana, que ha preferido (y pretendido erróneamente) fundar la República en el trabajo y la soberanía popular, esto es, conceptos no jurídicos.

8. Autodeterminación y soberanía

La soberanía popular reivindica la autodeterminación colectiva. Afirma, en otras palabras, que el pueblo (identificado impropriamente con el cuerpo electoral, concretamente con los votantes y más aún con la mayoría de los votantes) tiene el poder de establecer qué es el derecho y qué no lo es; tiene el poder de decidir su futuro según su sola voluntad; tiene el poder de imponer el orden que constituye. La cuestión es, en realidad, más compleja, pues a menudo la soberanía popular se convierte en apariencia del ejercicio de estos poderes. No es el caso de insistir sobre este delicado problema político, aunque tiene un notable relieve incluso para lo que toca a los pronunciamientos referendarios.

Más bien es oportuno considerar, aunque sólo sea una mención, que autodeterminación y soberanía se hallan estrechamente ligadas, tanto en el caso de la soberanía del Estado, como en la popular e incluso en la subjetiva.

Bodino (1530-1596) decía que soberano es el que depende únicamente del poder de la propia espada. Soberano, pues, es el que hace lo que quiere, el que no depende de otro, el que tiene el poder de hacer siempre efectiva su

voluntad. Locke (1632-1704), como es sabido, recogió con otras palabras la definición de Bodino. Para el filósofo inglés, en efecto, es libre (según la libertad que reivindica la soberanía) el que está en la condición «de regular las propias acciones y disponer de la propia persona como [...] le parece, [...] sin pedir permiso o depender de la voluntad de otro» (5). Es cierto que Locke precisa que esto debe ocurrir «dentro de los límites de la ley de naturaleza». Pero esto no nos debe llevar a engaño. La ley de naturaleza, para el filósofo inglés, sólo marca los límites; no ofrece, pues, reglas. Depende además de la interpretación que da el soberano. La ley de naturaleza viene a coincidir así con la ley positiva y el derecho natural estaría constituido por el derecho positivo. Lo que alcanza también a los delitos y en particular a los delitos de homicidio consentido, suicidio asistido y eutanasia. La *ratio* de la reclamación de abrogación parcial del artículo 579 del Código penal se basa, en el fondo, sobre esta premisa: todos tienen el derecho de disponer de sí mismos como quieren, pues son soberanos.

9. Apuntes sobre la propiedad como soberanía y algunas de sus consecuencias

Al decir que todos son soberanos de sí mismos se afirma, entre otras cosas, que todos gozan del derecho de propiedad de su cuerpo y de su vida. Se entiende en este caso la propiedad implícitamente al modo ilustrado, esto es, como derecho de gozar y disponer absolutamente de sí mismos, más allá que de los propios bienes. El *ius utendi et abutendi*, entendido a la manera de la Ilustración, esto es, no a la de la codificación justiniana, para la que significa derecho de usar y consumir, estaría en la base de la propiedad como derecho sagrado e inviolable (artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789): nadie puede invadir la esfera privada y el sujeto sería libre de usar y abusar de sí mismo. Lo afirma explícitamente el Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 471/1990), para el que todos tienen «poder de disponer del propio cuerpo», sin declarar formalmente la ilegitimidad

(5) John LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1689), 2, 4.

constitucional –asunto al que ya nos hemos referido– del artículo 5 de Código civil. Así pues, sería señor de su vida. Por lo que, dentro de esta esfera, todo sería legítimo para él: las mutilaciones voluntarias como el suicidio, el incesto como el uso del cuerpo para cualquier finalidad, el consumo de sustancias estupefacientes sin finalidad terapéutica como la esterilización, etc. Toda interferencia en las voluntades subjetivas debería considerarse violación de la libertad. No hay regla alguna que pueda imponerse acerca del uso de los bienes de los que es propietario, comprendidos la vida y el propio cuerpo. El delito del maltrato animal (artículo 544 del Código penal) o el castigo del consumo de drogas, por ejemplo, deberían considerarse abusos del legislador. La propiedad carecería de cualquier finalidad, ni siquiera la «social» de que habla el artículo 42 de la Constitución. Todo lo que limita el uso de la propiedad o la regula debería considerarse abusivo, es decir, ejercicio indebido de poder. Por ello sería arbitrario el castigo del suicido consentido, del suicidio asistido o de la eutanasia. La iniciativa de referéndum *de quo* resulta absolutamente coherente con esta *Weltanschauung*. Pero la coherencia –lo hemos dicho antes– no basta para legitimarla. A tal objeto se necesita un fundamento que no puede venir dado ni por una opción (no justificada racionalmente), ni por una ideología (que puede ser verdad parcial, pero nunca total). La ideología, en efecto, es un punto de vista que necesariamente implica una perspectiva. No puede ser, así, el punto de Arquímedes ni del discurso, de las acciones, ni de la legislación.

10. La propiedad como don

Algunos autores han observado que aunque se considere la vida no como una condena sino como un don, según sostiene la cultura católica sobre todo, el donatario sería dueño de lo que ha recibido en donación. Esto es, a la luz de la propiedad considerada según la concepción ilustrada, ejercería un señorío absoluto sobre lo que ha recibido en donación. También, por tanto, podría disponer de la vida como quiere. Esta es la tesis de la cultura hegemónica en el Occidente contemporáneo.

Esta tesis, aunque difundida y compartida ampliamente, sólo se acoge y aplica sin embargo parcialmente. El delito de maltrato animal, como se ha apuntado, representa por ejemplo su refutación. Y si se aplicara hasta el final minaría la raíz de la legitimidad de todo ordenamiento jurídico, salvo las disposiciones que imponen confines geográficos a causa de la convivencia, establecidos convencionalmente por motivos de oportunidad.

Recientemente se ha dado otra interpretación relativa a la vida como un don. Se ha sostenido, en efecto, que el donatario gozaría siempre del derecho de restituir la donación recibida. Hans Küng, por ejemplo, lo afirma explícitamente en un pequeño libro (6). No tiene en cuenta, ni él ni quienes le siguen, que la donación aceptada transfiere la propiedad. Por lo que no es posible la restitución. Sólo sería posible una nueva donación o una venta que son otra cosa distinta de la restitución. Esto es de observar primeramente en el plano jurídico, pero también a continuación en el legal. En el plano filosófico, en cambio, debe destacarse que la vida no es una donación, que requiere la aceptación por parte del donatario. Lo que implicaría la existencia del sujeto, aun incapaz, y de resultas su capacidad de obrar o su acción por medio de tutela. Pero el sujeto no existe antes de ser concebido. No puede ser preguntado respecto de su concepción. La vida es primeramente un «dato» (7), sujeto a distintas valoraciones, a veces opuestas (don maravilloso o condena). Un «dato/hecho» del que no puede prescindirse, que comporta el deber de usar lo que ha sido dado (y constituye la realidad óptica) según reglas intrínsecas (por ejemplo, mantener la salud para la conservación de la existencia) y finalidades propias del ser que tiene el acto de ser (esto es, según finalidades no arbitrarias). Las *rationes* que se hallan en el fondo del Código civil de 1942 (antes por tanto de sus muchas reformas) y del Código penal de 1930 responden sustancialmente a estas

(6) Hans KÜNG, *La dignità della morte. Tesi sull'eutanasia*, Roma, Datanews Editrice, 2007, p. 76.

(7) He insistido sobre la cuestión en la amplia introducción al volumen colectivo, ya citado, *Eutanasia: un diritto?*, publicado en castellano en *Verbo* (Madrid), núm. 543-544 (2016), pp. 253-272, bajo el título «El problema jurídico y moral de la eutanasia».

motivaciones y criterios, pese a las varias hipotecas ideológicas del Código penal y algunas asunciones del Código civil. La iniciativa de abrogación parcial del artículo 579 del Código penal se propone «invertir», o en realidad subvertir, las *rationes* de esos Códigos, ya que la aprobación del referéndum tendría consecuencias inevitables sobre el Código civil y en particular su artículo 5, en función de exigencias ideológicas, que no son filosóficas e ignoran la realidad de las cosas.

11. Breve conclusión

El problema primero y esencial, pues, es el de la «soberanía subjetiva», es decir, si existe un derecho –que como hemos apuntado sería incompatible con la soberanía– a la autodeterminación absoluta de la propia voluntad (8).

Afirmado sobre todo por vía jurisprudencial, en particular por virtud del Tribunal Constitucional, el derecho a la autodeterminación absoluta de la voluntad subjetiva ha contribuido, de una parte, a poner en cuestión la soberanía estatal, nacional o popular, y de otra ha hecho surgir su radical aporía cuando se han suscitado problemas como los ligados a las vacunas. El caso de la pandemia del COVID-19, por ejemplo, ha hecho evidente la parálisis provocada tanto al poder legislativo como al ejecutivo por este derecho «puesto» y «garantizado» por la Constitución como compendio de todos los derechos (9). La solicitud de abrogación parcial del artículo 579 del Código penal responde a la exigencia de afirmar un derecho de libertad del que no goza siquiera Dios, que aun siendo omnipotente no puede hacer el mal. Se trata de una instancia –repetimos– coherente con la Constitución y con los principios fundamentales del ordenamiento de la Unión Europea. Esta instancia tiende al reconocimiento de un «derecho» postulado por las ideologías de derivación liberal pero inexistente en sí mismo. Y es portador de un principio disolvente del ordenamiento jurídico, causando impasses insuperables.

(8) Rudi DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

(9) A este respecto puede verse, entre otros, Alessadro A. NEGRONI, *La libertà di (non) vaccinarsi*, Tortona, Vicolo del Pavone, 2021.