

EL DERECHO NATURAL Y LA PANDEMIA DEL COVID-19: UNA INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Danilo Castellano

1. Dos concepciones

Se puede hablar (y se habla) del derecho natural según la concepción clásica (1) o según la teoría de la modernidad. El derecho natural moderno sostiene que en el *derecho subjetivo*, puesto y regulado por la norma positiva del Estado, reside la esencia del derecho natural. En otras palabras, el derecho natural sería puesto y, por lo tanto, estaría en el ordenamiento «jurídico» estatal positivo (2). Tanto porque nacería de la norma «puesta» (el *derecho subjetivo* se define por los positivistas jurídicos como la *facultas agendi ex norma agendi*) como porque, en la teoría jurídica de la modernidad «débil», consistiría propiamente en una *pretensión* del sujeto, *rectius* de su voluntad: el sujeto tendría derecho a la autodeterminación absoluta de su voluntad (3). La doctrina del derecho como

(1) La literatura sobre el derecho natural clásico es muy extensa. Para una introducción al tema, véase una obra muy reciente de R. DIP, *ABC do Direito natural*, São Paulo, Editorial Lepanto, 2022.

(2) Incluso Locke, que defendía de palabra la existencia del derecho natural, terminó en una posición positivista: para él, en efecto, la ley natural (o derecho natural) tenía el contenido que le daba la interpretación del soberano, es decir, del Estado. Sobre el pensamiento de Locke, véase la interesante monografía de Juan Fernando SEGOVIA, *La ley natural en la telaraña de la razón: ética, derecho y política de John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

(3) Sobre el derecho a la autodeterminación absoluta de la voluntad del sujeto en los sistemas jurídicos occidentales, véase Rudi DI MARCO, *Autodeterminazione e Diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. Véase también el volumen de Miguel AYUSO (ed.), *La autodeterminación: problemas jurídicos y políticos*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

pretensión se «justifica» de otra manera. En efecto, se ha recurrido a la teoría de los derechos humanos como históricamente determinados (4), a la teoría de los derechos civiles, al personalismo contemporáneo (5), etc. Hasta la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales ha considerado necesario establecer la primacía absoluta del sujeto sobre el ordenamiento jurídico, incluso sobre el ordenamiento constitucional. El Tribunal Constitucional italiano, por ejemplo, ha dictaminado que por razones de conciencia (6) el ciudadano también puede prescindir del cumplimiento de deberes y obligaciones que la Ley Fundamental de la República define como «inderogables» (sentencia n. 467/1991).

2. La doctrina moderna

En la actualidad, cuando se invoca el derecho natural, se recurre generalmente a esta doctrina, que sanciona simultáneamente la disolución del sujeto y del orden jurídico. El derecho natural, por tanto, no es la identificación de lo que es justo según el orden natural de las «cosas», es decir, según el orden «dado», que el hombre está llamado a conocer y respetar. En nuestra época, por el contrario, se pretende el poder constituir un orden sobre la base de «elecciones compartidas» (Habermas (7), Taylor (8)) que conducen a

(4) Para una exposición sintética de esta cuestión remito a Danilo CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, Turín, Giappichelli, 2003 (traducción española, Madrid, Marcial Pons, 2004).

(5) Sobre la teoría del personalismo contemporáneo, que se aparta radicalmente de la doctrina de la persona clásica, «rechazando» la insuperable definición de persona de Severino Boecio, remito también a Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

(6) El Tribunal Constitucional italiano no ha problematizado la cuestión de la conciencia. Asumió aporoblemáticamente la definición derivada de la cultura hegemónica contemporánea. La conciencia se concibe así como una mera «sensibilidad subjetiva» inmediata, que ignora el orden ético en sí mismo.

(7) Sobre algunos aspectos de la doctrina de este autor en relación con estas cuestiones, véase Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa: una utopía tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

(8) Taylor afirma, de hecho, sin ofrecer ninguna justificación de su afirmación, que puesto que «aquí hacemos esto, quien venga debe también

un orden sociológico exclusivamente convencional. O se reclama el derecho a actuar según criterios e impulsos subjetivos contingentes: la democracia, se dice, debe prevalecer siempre sobre la filosofía (Rorty) (9). Lo que significa que el sujeto debe tener los más amplios espacios posibles de «libertad negativa». Dentro de estos espacios tendría el poder de hacer lo que quiera.

3. La superación de la doctrina moderna por la pandemia de Covid-19

La pandemia de Covid-19 inició una superación de estas posiciones. La teoría moderna del derecho natural ha entrado en un callejón sin salida, los franceses dirían en un *cul-de-sac*. Las medidas adoptadas por la generalidad de los gobiernos se fundan en una visión diferente del derecho, tanto del subjetivo como del natural. El individuo humano no sería soberano de sí mismo (como pretende el primer liberalismo) y, por tanto, sus pretensiones –al menos muchas de ellas– no serían derechos subjetivos. El sujeto cedería su primacía a la sociedad. Se trata de un punto de inflexión que a menudo no se advierte como tal, pero que es efectivo. La pandemia de Covid-19 y las medidas adoptadas para impedir su propagación o erradicarla han marcado el jaque mate de la doctrina política liberal (entendida *lato sensu*). No siempre –como se acaba de decir– ha habido una conciencia adecuada del

hacerlo». Por lo tanto, sería necesaria una integración sociológica ciega e incondicional al orden constitucional del Estado. Taylor debería haber dicho por qué *tenemos que hacerlo así* en primer lugar. En otras palabras, no debería haberse limitado a registrar un hecho, sino que debería haber aportado una *justificación* del orden establecido. He tratado algunas de las graves contradicciones de Taylor en el capítulo III de mi *La verità della politica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. La cuestión no sólo se refiere al orden social positivo y a sus repercusiones constitucionales. De hecho, es mucho más amplio. Hay «teólogos católicos» que sostienen (erróneamente) tesis similares respecto a la Religión: no digo –afirman– que nuestra religión (el cristianismo católico) sea la mejor; sin embargo, es la «nuestra». La religión cristiano-católica sería, por tanto, una opción entre otras muchas cuyo fundamento y veracidad no se indican.

(9) Cf. Richard RORTY, «La priorità della democrazia sulla filosofia», en Gianni VATTIMO (ed.), *Filosofia '86*, Roma-Bari, Laterza, 1987, p. 48.

problema. No siempre se han advertido las dificultades del constitucionalismo. Casi nunca se han reconocido y respetado los derechos auténticamente naturales del sujeto, es decir, los vinculados a su naturaleza, a su orden óntico, a su dignidad (es decir, al derecho natural clásico). Por el contrario, la suspensión o supresión de distintos derechos codificados como «fundamentales» e «inviolables» ha sido considerada legítima incluso por los propios defensores (de palabra) de las Constituciones (liberales). La flagrante contradicción con las doctrinas liberales es evidente. En cambio, la flagrante violación del derecho natural clásico llama a la reflexión.

4. El deber/derecho a la salud

En primer lugar, hay que señalar que la salud es un deber/derecho del sujeto. En efecto, el sujeto tiene el deber de respetar su orden fisiológico, es decir, a sí mismo. Para respetarlo, está obligado, en primer lugar, a preservarlo tal como es. En su integridad abierta a sus fines naturales. Por ello, las mutilaciones de conveniencia, es decir, las que no son necesarias por razones terapéuticas, están prohibidas (10). El sujeto, pues, está obligado a una dieta correcta, a un estilo de vida que le permita evitar contraer enfermedades o favorecer su aparición, a descansar. Está obligado a evitar el abuso de, por ejemplo, bebidas alcohólicas, alimentos que puedan ser causa (o causa concomitante) de determinadas enfermedades, y el esfuerzo excesivo (por ejemplo, en actividades deportivas). Sobre todo, debe evitar el consumo de drogas, que, además de provocarle una posible pérdida temporal de autocontrol, pueden ser perjudiciales para su organismo. Además, deben evitarse las sustancias «estimulantes», que, como se mencionará, también son relevantes en el caso de la pandemia de Covid-19.

La salud es un bien, por tanto, del individuo humano, que constituye una regla para la voluntad subjetiva, para las elecciones contingentes que el individuo está constantemente llamado a hacer en la vida cotidiana.

(10) Las mutilaciones terapéuticas tienen siempre como objetivo la autopreservación. En otras palabras, se sacrifica una parte (del cuerpo) para salvar el todo (el cuerpo).

La salud es responsabilidad del individuo. No del poder político. El poder político encuentra, en este sentido, los límites de la integridad (física, psicológica, moral) y la dignidad del ser humano. Sin embargo, el poder político, en determinadas circunstancias y ante determinadas situaciones individuales y familiares, debe responsabilizarse del restablecimiento de la salud (gasto sanitario) del individuo que, sin culpa alguna, se encuentra en estado de necesidad y desamparo. Sin embargo, no puede sustituir al sujeto en el recurso al tratamiento, en la elección y aceptación de las terapias e intervenciones consideradas necesarias.

La salud es, por tanto, un hecho esencialmente «privado». Incluso en el caso de los tratamientos sanitarios obligatorios, que afectan principalmente a los enfermos mentales, deben respetarse los criterios de la integridad y dignidad; de hecho, se prevén (o deberían preverse) precisamente para proteger la integridad y la dignidad de la persona enferma que no puede decidir responsablemente ni valerse por sí misma. Así lo prescribe la ley natural clásica.

5. Salud y sanidad

La tarea del poder político es la sanidad, no la salud (11). Salud y sanidad se confunden a menudo, intercambiándose. Tanto es así que incluso los ministerios de algunos gobiernos que deben ocuparse de la sanidad se llaman Ministerio de la Salud. A menudo se les atribuyen competencias impropias, que dejan ver aspectos totalitarios: el Estado «providencia» se convierte así en omnipresente incluso en las conciencias.

La sanidad se refiere a los aspectos de higiene, especialmente la higiene pública: reglamentos de policía mortuoria, normas de almacenamiento y comercialización de determinados productos alimenticios, condiciones de seguridad (especialmente en el lugar de trabajo), aspectos sanitarios de los edificios públicos o abiertos al público, prohibición de (posibles) importaciones/exportaciones de productos o animales que puedan ser portadores de virus y, por tanto, probables causas de propagación de infecciones o enfermedades, etc.

(11) He abordado esta cuestión en mi compilación *Cronache biogiuridiche*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, *passim*.

La sanidad, por tanto, se refiere a las condiciones previas para prevenir (en la medida de lo posible) el brote de enfermedades (especialmente epidemias y pandemias) o evitar accidentes.

La línea divisoria entre salud y sanidad no siempre es fácil de determinar. Sin embargo, hay una diferencia sustancial entre ambas que hay que tener siempre presente.

6. Salud, sanidad y vacunación

La frontera entre la salud y la sanidad afecta especialmente a la cuestión de las vacunas, sobre todo a la vacuna contra el Covid-19.

En primer lugar, hay que señalar que la vacunación no es una terapia: sirve para prevenir, no para curar. En este sentido, la vacunación en presencia de circunstancias particulares y graves podría formar parte de la sanidad. Pero sin olvidar que la salud es un deber/derecho del individuo.

Hay que tener en cuenta, pues, que la vacunación es un tratamiento que debe proporcionar a la persona vacunada inmunidad frente a la enfermedad. Por lo tanto, no puede tratarse de un tratamiento destinado a la mera «estimulación», que deja en la incertidumbre la consecución del resultado. Por el contrario, puede decirse que la «estimulación» es un medio (incierto en cuanto a su eficacia) para lograr (tal vez) la inmunidad. El reciente (2021) cambio en la definición de vacuna, dado por los *Centros de Control y Prevención de Enfermedades* de los Estados Unidos, parece excluir la posibilidad de que la vacuna Covid-19 se incluya entre los perfiles propiamente sanitarios (12). De ello se derivaría la ilegitimidad *iuris et de iure* de la imposición de la vacunación, especialmente a los individuos que la rechazan.

También hay que tener en cuenta que la vacunación para ser tal debe practicarse con productos realmente probados,

(12) La definición de la vacunación se modificó, sobre todo después de los fracasos de la vacunación contra el Covid-19, en Israel en particular. Según la nueva definición, la vacunación no tendría como objetivo conseguir la inmunidad, sino que estaría dirigida a la «estimulación», que también puede favorecer una defensa del organismo contra una determinada enfermedad, pero no está dirigida en sí misma –hay que subrayarlo– a prevenir la enfermedad.

cuya eficacia esté certificada y cuyas reacciones adversas sean conocidas. Una vacunación practicada con productos que no han sido probados adecuada y científicamente es una virtual agresión a la salud del individuo humano y, por tanto, una violación de sus derechos naturales. Peor aún: propiamente hablando, al ser una intervención sobre el cuerpo, sería una violencia del Estado contra el individuo humano.

La vacunación, realizada con productos de simple aplicación (arbitrariamente denominados experimentales), es una instrumentalización de la persona con fines ajenos a ella. La aplicación masiva no es la experimentación. La experimentación, de hecho, requiere un proceso cuidadosamente evaluado desde muchos puntos de vista (especialmente en las premisas), la observación constante y precisa de los efectos, la detección de efectos secundarios y reacciones adversas, la ponderación de los beneficios/perjuicios para el sujeto que se ha sometido (voluntariamente) a la experimentación y la aprobación de los resultados. Por lo tanto, se trata propiamente de un tratamiento experimental (que toca a la salud), y no de medidas sanitarias por su propia naturaleza destinadas a las masas o, en el lenguaje prácticamente despectivo que se utiliza actualmente, al rebaño.

Incluso dejando de lado la consideración de estos aspectos, cabe señalar que, desde el punto de vista del derecho natural clásico, la vacunación no puede ser impuesta: la integridad y la dignidad de la persona –se ha recordado– deben ser respetadas; el consentimiento informado es *conditio sine qua non* de la legitimidad de las intervenciones sobre el cuerpo de la persona; las decisiones sobre la propia salud están reservadas al individuo humano que tiene capacidad de obrar; la legitimidad del propio consentimiento subjetivo presupone (y, por tanto, se da a) la condición de que la recuperación de la salud sea probable (o al menos posible). No se trata de criterios liberales, aunque el liberalismo ha utilizado (erróneamente) algunos de ellos para intentar legitimar el uso radical de la «libertad negativa». Son criterios dictados por el orden natural de las «cosas».

En la actualidad, la doctrina del liberalismo revela dificultades: precisamente en presencia de la pandemia de Covid-19, se ha visto penalizada, habiendo terminado en

una aporía. Se ha superado a sí misma negando sus propios principios inspiradores y evolucionando hacia formas totalitarias más o menos disimuladas. Así se cierra una época. El liberalismo va camino de su ocaso. El derecho natural clásico no fue respetado por él, habiendo optado desde el principio por el derecho natural moderno. Menos aún se respeta el derecho natural clásico en presencia de decisiones necesarias, pero que en última instancia se toman con base en criterios totalitarios. Los horizontes son, como quiera que sea, nuevos. Por un lado, parecen abrir vías preocupantes, como demuestran las medidas tomadas con motivo de la pandemia de Covid-19 y los procedimientos adoptados para su aprobación. Sin embargo, abren una pluralidad de perspectivas, incluidas las genuinamente humanas y verdaderamente civilizadas. El «sentido común», fuertemente manifestado con ocasión de la pandemia de Covid-19, parece sugerir y empujar a tomar el camino del derecho natural clásico aunque las ideologías y los intereses materiales parezcan conducir una vez más a su rechazo.

La cuestión es fundamental. Representa la línea divisoria entre la barbarie y la civilización. Es una encrucijada en la que la humanidad se encuentra actualmente.