

AUTONOMIA INDIVIDUAL Y DERECHO A LA PROPIA VIDA (Un análisis filosófico-jurídico)¹

Alfonso Ruiz Miguel

Universidad Autónoma de Madrid

UNA TRADICION JURIDICA PATERNALISTA

Los conflictos entre el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal pueden ser de dos tipos: de una parte, *interpersonales*, cuando los titulares de uno y otro derecho son distintos individuos, como ocurre en la legítima defensa entre la vida del agresor y la autonomía del agredido o, según ciertos puntos de vista, en el aborto entre el derecho a la vida del no nacido y el derecho a la autonomía de la mujer; y, de otra parte, *intrapersonales*, cuando el conflicto se plantea entre los derechos del propio individuo, como ocurre con diversas formas de suicidio consumado o intentado —entendiendo por suicidio, en un sentido amplio, cualquier disposición voluntaria de la propia vida—, entre las que destacan la eutanasia consentida, la negativa a transfusiones sanguíneas por razones religiosas, ciertos casos o estadios de drogadicción libre y consciente o, en fin, las huelgas de hambre hasta sus últimas consecuencias como forma de presión política o social. En estas páginas me refiero únicamente a los conflictos intrapersonales, con el objetivo de analizar críticamente los criterios jurídicos vigentes sobre ellos en nuestro sistema.

Dejando por un momento al margen lo que dice la Constitución —y lo que los tribunales vienen diciendo que ésta dice—, ¿existe un principio general en la legislación española sobre los conflictos intrapersonales entre la vida y la autonomía? Dentro de los márgenes de apreciación y error que este tipo de generalizaciones permiten, me inclino a pensar

¹ El presente texto es parte —la parte más relacionada con los aspectos jurídicos— de una investigación en curso sobre eutanasia y suicidio desde una perspectiva filosófico-jurídica. Una versión reducida se publica en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nºs 16-17, 1992. Entre las personas que lo han leído, Juan Carlos Bayón y Liborio Hierro han evitado algunos errores y puntos oscuros, pero mi agradecimiento a todas ellas no imputa responsabilidad alguna sobre los que todavía puedan restar.

que el principio general de nuestra regulación legal ha venido siendo, y así continúa todavía, el de la primacía de la vida y de sus condiciones y correlatos, como la integridad física o la salud, aun contra la voluntad del propio afectado, es decir, frente al derecho a la autonomía individual. Ciertamente que nuestras leyes excluyen toda pena y, por tanto, privilegian la autonomía del afectado sobre su derecho a la vida y a la salud en dos casos relevantes: la tentativa de suicidio y el consumo de drogas. Pero se trata más bien de excepciones —y precisamente concedidas porque sería peor el remedio penal que la enfermedad— que vienen a reafirmar la amplitud de la regla general.

En efecto, sea por supervivencia de las influencias religiosas y tradicionales mantenidas por la legislación franquista y actual, sea por la pervivencia o la aparición más reciente de razones paternalistas, de ahorro en gastos sanitarios y de seguros, de garantismo igualitario en favor de los peor situados socialmente, etc., el caso es que las siguientes regulaciones parecen configurar una regla general menos propicia a la protección de la autonomía individual que de la vida, la salud y la integridad física: la irrelevancia penal del consentimiento en las lesiones, sólo excepcionada para casos de trasplantes de órganos, esterilización y cirugía transexual en cuyo consentimiento no intervenga precio; la prohibición del auxilio al suicidio (que, por ejemplo, no es delito en el código penal de la ex Alemania occidental y que en Suiza sólo lo es cuando hay «motivaciones egoístas» por parte de quien auxilia); la igual pena para el homicidio-suicidio que para el homicidio simple; la prohibición penal de cualquier tráfico de drogas, incluso entre adultos; la sanción penal para el empresario por no exigir el cumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene laboral y la propia previsión del incumplimiento de tales obligaciones por parte del trabajador como posible causa de despido; la interpretación del delito de omisión del deber de socorro, incluyendo en él el deber de ayudar a quien se sabe que no desea ser socorrido; la indisponibilidad del proceso penal en todos los delitos contra la vida, la salud, etc.; la exclusión expresa por parte del artículo 10, números 6 y 9, de la Ley de Sanidad del derecho del paciente a consentir el tratamiento y a negarse a él «cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento»²; las limitaciones legales a la

² Ha de advertirse que tal exclusión no deja de ser ambigua, pues la Ley reza textualmente: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: [...] 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: [...] c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. [...] 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6...» Como puede verse, aunque la ley —conforme se acepta en el texto— seguramente pretende calificar como irrelevante la negación expresa del consentimiento, también cabría interpretar, tal vez muy benévolutamente, que sólo califica al consentimiento como innecesario, limitándose así a la obvia declaración de licitud de las actuaciones médicas de urgencia vital sin

publicidad del tabaco y el alcohol; o, en fin, la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad en los automóviles y del casco en las motos.

El Proyecto de Código penal aprobado por el Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1992 parece venir a mantenerse dentro del mismo marco, pues no se puede decir que revise sustancialmente la regla general anterior. Aparte, naturalmente, de la suavización general de las penas, sólo modifica dicha regla muy morigeradamente: manteniéndose como delito el auxilio al suicidio, sólo se produce una fuerte atenuación de la eutanasia consentida en enfermedades terminales o insuportables, así como también se atenúa la pena del homicidio-suicidio en relación con la del homicidio simple y la pena de las lesiones consentidas respecto de las no consentidas.

Si el principio general de nuestra legislación parece ser la primacía de la vida, así como de la integridad física y la salud, aun contra la voluntad del propio afectado, corresponde ya preguntar cómo encaja ese principio en el conjunto de los valores, principios y derechos establecidos en nuestra Constitución. Por mucho que se presuma la constitucionalidad de las leyes vigentes, no resulta obvio que el principio general constitucional haya de ser la vida y no la autonomía individual. De un lado, la libertad, y no la vida, es uno de los «valores superiores» del ordenamiento jurídico (art. 1.1), al igual que el artículo 10 sitúa a «la dignidad de la persona» y al «libre desarrollo de la personalidad» —referencias que la STC 53/1985, de 11 de abril, relaciona con la autonomía individual en su conflicto con la vida del no nacido— como «fundamento del orden político y de la paz social». Y, de otro lado, entre los «derechos inviolables» que también se mencionan en dicho artículo 10, figura no sólo el «derecho a la vida y a la integridad física», sino también el derecho a la integridad «moral» (art. 15), «la libertad ideológica» (art. 16) y el «derecho a la libertad» (art. 17). Como es evidente, de la interpretación del alcance de los anteriores valores, criterios y derechos depende el mantenimiento del principio de primacía general, aunque no absoluta, del derecho a la vida, construido de tal forma como jurídicamente irrenunciable, o su transformación en favor de una mayor virtualidad de la autonomía individual que admita, al menos en principio, la libre disposición de la propia vida.

¿Cómo ha fundamentado la jurisprudencia el acomodo realizado hasta ahora entre legislación y constitución para primar tan decisivamente el principio general plasmado en nuestra legislación? Básicamente, aun con algunos leves matices, por el simple procedimiento de considerar a la vida como un valor supremo o, al menos, como un bien de superior rango que la autonomía y otros posibles derechos constitucionales en juego. Conviene verlo más despacio en los dos conflictos

consentimiento expreso, pero sin consagrar las llevadas a cabo contra la expresa oposición del paciente (sin argumentar en su favor, tal es la lectura que de dicho precepto hace Ramón Martín Mateo, *Bioética y derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 99).

básicos que se han presentado ante los tribunales españoles: el conflicto entre la vida y la libertad religiosa planteado por las negativas de los testigos de Jehová a las transfusiones sanguíneas y el suscitado por la huelga de hambre de los GRAPO de fines de 1989 y principios de 1990.

LA STS DE 27 DE MARZO DE 1990: VIDA Y LIBERTAD RELIGIOSA

Respecto de la negativa a recibir transfusiones de sangre por razones religiosas, parece firmemente asentada la tajante exclusión del derecho a objetar tales transfusiones a mayores de edad (y, por supuesto, *a fortiori*, a menores). En efecto, los Autos del TS de 14 de marzo de 1979 y de 22 de diciembre de 1983 —este último confirmado por el Auto del TC 369/1984, de 20 de junio— excluyen toda responsabilidad del juez acusado de coacciones por haber autorizado la transfusión forzosa a testigos de Jehová mayores de edad³. No carece de interés señalar que el Tribunal Constitucional acepta la argumentación del juez de que la concurrencia del tipo de las coacciones⁴ resulta excluida en este tipo de casos por existir la autorización legal de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que alude a la salud como límite al derecho a tal libertad. Es materia de conjetura, ya que no hay justificación alguna al respecto, por qué el TC no ha considerado necesario entrar a analizar si ese límite legal, tan genéricamente formulado, es conforme al contenido esencial del artículo 16.1 de la Constitución, y, en especial, si el hecho de que se trate de la salud del propio interesado que no consiente un determinado tratamiento médico no establece en todo caso una diferencia que merezca, cuando menos, una referencia expresa, aun cuando desestimatoria.

Un pronunciamiento más reciente ha confirmado, ofreciendo una fundamentación, la anterior posición: la STS de 27 de marzo de 1990, que revisó un caso en el que una mujer, también testigo de Jehová, hospitalizada con múltiples heridas y recibiendo transfusión de sangre, había muerto tras la desconexión de la sonda por parte de un

³ Entre los comentarios que ha suscitado esta doctrina puede verse, en el ámbito de la doctrina penal, Miguel Bajo Fernández, «La intervención médica contra la voluntad del paciente (A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 491-499; y Enrique Bacigalupo, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», *Poder Judicial*, número especial, XII, *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código penal*, pp. 160-162; y, en el ámbito de la doctrina del Derecho eclesiástico, Rafael Navarro-Valls, Javier Martínez-Torrón y Miguel Angel Jurdado, «La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español», *Persona y Derecho*, vol. 18, 1988, esp. pp. 242-249 (en este último estudio se comenta también el Auto del TS de 26 de septiembre de 1978, en el que se desestimó la querrela para el antejuicio de un juez que había autorizado la transfusión sanguínea de una menor de edad cuyos padres, testigos de Jehová, se negaban a consentir).

⁴ El artículo 496 del Código penal dice: «El que sin estar legitimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a hacer lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado...»

correligionario. La sentencia de instancia había condenado a este último por delito de imprudencia temeraria. Por su parte, la Sala 2.^a —aparte de casar tal sentencia por haber calificado los hechos como imprudencia en vez de como homicidio con dolo eventual (tema que dejo a un lado)— no acepta la menor relevancia atenuatoria ni del consentimiento de la mujer afectada —que la sentencia da por otorgado, aun siendo sólo presunto— ni de las creencias religiosas de ella y del acusado. El tratamiento que, en sus dos sentencias, esta resolución del TS impone a la libertad en general y a la libertad religiosa en particular merece un cierto comentario.

Ante todo, la sentencia considera las creencias morales y religiosas del acusado únicamente en relación con la alegación de error de prohibición, si bien para terminar negando su concurrencia porque el acusado «conocía» el carácter ilícito de su comportamiento desde el punto de vista de las normas ético-sociales y jurídicas vigentes (primera sentencia, FD 2.º). Formulada de este modo la contraposición entre las normas del Derecho y la moral socialmente vigente y las exigidas por la moral personal o la conciencia individual, esta última queda despejada de antemano fuera del marco de la licitud jurídica, que únicamente podría excusar la conducta en cuestión por una radical falta de conocimiento. De ahí que la decisión del TS en ningún momento tenga en cuenta, ni siquiera para discutirlo y terminar denegándolo, el alcance de la libertad religiosa como posible causa de justificación, aun incompleta, por el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho del 8.11 del Código penal. Simplemente, tras dar por supuesta la preeminencia absoluta del derecho a la vida sobre esa y otras libertades y derechos, lo más que llega a reconocer en la segunda sentencia es que las creencias religiosas de los testigos de Jehová son tan dogmáticas y rígidas y dan lugar a un tan «ferviente y radical altruismo» que hacen aplicable la atenuante muy cualificada de obcecación y estado pasional (FD 3.º).

Pero lo más llamativo, en mi opinión, no es tanto lo que la resolución no considera o desestima como la razón última en la que fundamenta su decisión. La primera sentencia no se limita a establecer la primacía de la propia vida sobre la libertad (genérica o religiosa), lo que habría bastado para excluir la relevancia del consentimiento —que, según dice, cuando «afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz» (FD 2.º)—, sino que otorga en general al derecho a la vida una «preeminencia absoluta [...], por ser el centro y principio de todos los demás» derechos (*ibidem*; cursiva mía). De esta posición se deduce la categórica doctrina, extensible a otros muchos casos, y muy diferentes de los considerados en la sentencia, de que la vida es un derecho que debe prevalecer sin excepciones en el conflicto con cualquier otro derecho, doctrina ésta que no deja de tener un fuerte apoyo, aunque el TS no lo diga, en la afirmación de la STC 53/1985 de que la vida «es la proyección de un *valor superior* del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye un *derecho fundamental*

esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (FJ 3; cursivas mías).

LA STC 120/1990, DE 27 DE JUNIO, SOBRE ALIMENTACION FORZOSA A LOS GRAPO

El segundo caso que he propuesto comentar, planteado por la huelga de los GRAPO, ha recibido varios pronunciamientos del TC, todos ellos sustancialmente idénticos, en las sentencias 120/1990, de 27 de junio, y 137/1990, de 19 de julio, que resuelven de forma prácticamente idéntica sendos recursos de distintos presos del GRAPO en huelga de hambre contra su alimentación forzosa, así como en la STC 11/1991, de 17 de enero, que acepta un recurso de amparo del Ministerio Fiscal contra la decisión de un Juez de Vigilancia Penitenciaria, confirmada por la Audiencia Provincial, de prohibir el tratamiento forzoso de otro preso en huelga de hambre. Tomaré como referencia la primera de las tres sentencias citadas porque, además de ser el modelo de las otras dos, contiene dos relevantes votos particulares que deben ser tenidos en cuenta. Entre los diversos aspectos merecedores de comentario, me limitaré a los dos que me parecen más importantes: en primer lugar, el alcance general de la sentencia y su interpretación del derecho a la vida y, en segundo lugar, el valor que concede a la autonomía individual. Dentro de este último punto, en fin, consideraré el método seguido por la sentencia, la distinción que propone entre la libertad para fines lícitos y para fines no amparados por la ley y el concepto del derecho a la libertad que el Tribunal Constitucional parece manejar.

LAS DOS LÍNEAS DE LA SENTENCIA: DEL CASO CONCRETO A LOS PRINCIPIOS GENERALES

El alcance general de la sentencia es una cuestión difícil y abierta porque en ella hay una primera y profunda ambigüedad, por no decir escisión, entre dos líneas diferentes: una por la que el TC tiende a restringir sus criterios al caso concreto en exclusiva y otra por la que los argumentos que utiliza para fundamentar la mayoría de tales criterios tienen un alcance general que sobrepasa aquel caso específico. Antes de entrar en su análisis más detallado, dicha ambigüedad puede verse de manera resumida en el FJ 2 de la STC 11/1991, que refleja sintéticamente la doble línea argumentativa de la STC 120/1990: de un lado, la existencia de una relación de sujeción de los presos que impone deberes a la Administración penitenciaria y, de otro lado, el alcance del derecho a la vida como derecho con «contenido de protección positiva» que excluye el derecho a morir salvo como mero *agere licere*

En la primera línea, la STC 120/1990 declara expresamente su atenuamiento estricto «al caso concreto que se nos plantea, sin extendernos a consideraciones que lo desborden», para determinar sólo «si la

resolución judicial impugnada es conforme con nuestra Constitución» (FJ 5). Con ello, sin duda, da a entender que no pretende sentar doctrina sobre supuestos más o menos similares, como podría ser la de ciertos tratamientos médicos no consentidos por parte de personas conscientes, o, incluso —aunque la sentencia no alude a ello—, el de ciertas formas de eutanasia voluntaria. Esta línea argumentativa puede apoyarse en la afirmación de que los presos se encuentran en una «relación especial de sujeción» que, de un lado, otorga a la Administración la potestad de mantener una medida potestativa y legítima (la dispersión de los presos del GRAPO en diferentes centros) frente a la libertad del preso de arriesgar la vida para oponerse a tal medida (FJ 7) y, de otro lado, impone a la Administración un deber de velar por la vida y salud de los presos que prevalece sobre el derecho de éstos a consentir el tratamiento médico (FJ 8).

Tal vez quepa pensar que el reflejo de los anteriores deberes y potestades administrativos es la situación de libertad de los ciudadanos en situaciones que no son de sujeción, pues el TC añade que

«las limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa [...] *podrían* resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas» (FJ 6; cursiva mía);

una idea que viene confirmada en la propia sentencia cuando vuelve a afirmar que «podría» ser ilícita la interferencia frente a «quien asume el riesgo de morir» (FJ 7). Sin embargo, en ninguno de estos dos casos resulta claro si el condicional *podría* alude a una mera cautela en la formulación de un criterio general de carácter constitucional que implícitamente se llama a modular conforme a las circunstancias concretas o si expresa una más profunda duda, y por ello una falta de compromiso, a propósito de la existencia y pertinencia constitucional de tal criterio. Esta alternativa no resulta fácil de resolver porque si la primera hipótesis es congruente con esta primera línea argumentativa de la sentencia, la segunda línea —a la que me referiré a continuación— inclina a apoyar más bien la última hipótesis.

En la otra línea de la sentencia, y contrapesando radicalmente la anterior, el TC hace una serie de consideraciones generales sobre el derecho a la vida que, sin duda, tienen un alcance que va mucho más allá del caso concreto de los presos en situación de sujeción especial respecto de la Administración. En efecto, dice la sentencia que «el derecho fundamental a la vida» del artículo 15 de la Constitución, según fue ya interpretado en la STC 53/1985, obliga a una protección positiva por parte del legislador «que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»: así, aunque la posibilidad fáctica de producir la propia muerte «constituye una manifestación del *agere licere*», tal libertad

«es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho [a la vida]»,

por lo que, en suma, «no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte» (FJ 7)⁵.

Es conforme a estos principios generales, que a duras penas cabría referir sólo a personas en situación de sujeción administrativa especial, como el TC puede desechar que la alimentación forzosa degrade el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, derecho

«mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados motivos y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional» (FJ 8).

Pues bien, tal justificación no estriba sólo, ni sobre todo, en que los recurrentes estén en situación de sujeción especial o en que la legislación penitenciaria establezca el deber de la Administración de velar por su vida⁶, que malamente podrían ser por sí solas razones adecuadas para limitar un derecho constitucional, sino —como no podía ser menos dados los presupuestos anteriores— porque, como dice el TC recogiendo citas literales de la STC 53/1985, tal

«asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el

⁵ Pueden verse dos buenos análisis críticos de esta concepción del derecho a la vida en Manuel Atienza, «La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 9, abril 1990, pp. 34-37; y Marina Gascón Abellán, «Problemas de la eutanasia», *Sistema*, n.º 106, enero 1992, pp. 97-103.

⁶ Ciertamente, tales alegaciones aparecen en la sentencia, pero no tienen suficiente fuerza motivadora en este punto. Como no la tiene tampoco, a la luz del reconocimiento de que la negativa a un tratamiento médico «puede venir determinada por los más variados motivos y no sólo por el de morir», la salvedad que la sentencia hace en el mismo FJ 8 de que la obligación legal del Estado de proteger la vida existe «al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida».

de la vida que, en su dimensión objetiva, es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (FJ 8).

En este punto, como puede verse, la argumentación alcanza una generalidad y categoricidad que recuerda la antes citada sentencia del Tribunal Supremo y que parece conducir a la idea de que, no ya únicamente ante el simple suicidio, sino también ante la eutanasia voluntaria, la negativa a recibir transfusiones, los tratamientos médicos obligatorios en situación de riesgo vital cierto y casos similares, no sólo no cabe alegar un derecho a morir constitucionalmente protegido, sino que el Estado se encuentra obligado a proteger positivamente la vida con independencia del consentimiento del afectado, de forma que una ley que viniera a reconocer la relevancia de la voluntad y la autonomía de la persona seguramente sería contraria al artículo 15 de la Constitución.

Ahora bien, la anterior conclusión resulta inconsistente con la especificidad que la sentencia quiere dar a los internos en situación de sujeción especial y con la acotación antes aludida que el Tribunal Constitucional añade enseguida de que no es lo mismo «usar de la libertad para conseguir fines no amparados por la ley», con la pretensión de forzar a la Administración desde una situación de sujeción penitenciaria, que

«la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso *podría* sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad» (FJ 7; cursiva mía).

Acaso tal inconsistencia explique ese intrigante *podría*, que ahora cabe concluir que alude seguramente a la eventual pero incierta licitud constitucional de una legislación que estableciera derechos de rango meramente legal sobre la disposición y puesta en riesgo de la propia vida: porque aun entendiendo que las referencias al deber positivo de protección estatal de la vida sirven sólo para excluir que exista un derecho constitucional a la propia muerte, pero sin llegar a establecer su categórica prohibición constitucional, la existencia de tal simple permiso es difícilmente justificable si se considera a la vida como «valor superior» y «supuesto ontológico» de los demás derechos.

En suma, corroborando el dicho anglosajón *bad cases make bad law*, a la ambigüedad entre las dos grandes líneas de la sentencia, la relativa a los presos en situación de sujeción especial y la relativa al derecho a la vida en general, se añade la ambigüedad en la propia consideración de este último derecho. Esta segunda ambigüedad puede y debe analizarse de manera más detallada desde el punto de vista del otro derecho en concurrencia en el caso, la libertad entendida como autonomía

personal: ¿cuál es el alcance y naturaleza de la libertad en relación con la disposición de la propia vida? A discutir varios de los aspectos de ese problema se dedican las páginas que siguen.

EL VALOR DE LA AUTONOMÍA PERSONAL

Las ambigüedades que alrededor del derecho a la vida manifiesta la sentencia vienen confirmadas y aumentadas en su tratamiento del otro derecho básico en juego, la autonomía personal, donde la posición del TC es digna de preocupación por tres aspectos en buena medida relacionables: su método no liberal, su discutible desprotección de toda libertad para los que llama «objetivos no amparados por la ley» y su poco clara concepción sobre la relación entre libertad y derechos.

Un método jurisprudencial restrictivo e inverso al liberal: sobre el derecho general a la libertad

En primer lugar, es llamativo y rechazable el método que la sentencia utiliza para resolver el recurso, según el cual va eliminando alegaciones, una tras otra, conforme a un análisis específico e independiente de cada derecho examinado que recuerda a la táctica bélica del «divide y vencerás». Esta técnica, que acaso podría defenderse como una pura y aséptica consecuencia formal derivada de la regulación del recurso de amparo, en este caso al menos parece exceder con mucho ese formalismo hasta convertirse en parte protagonista y sustancial de la resolución. De tal modo, en primer término, y frente al proclamado y asentado criterio de la interpretación más favorable a los derechos fundamentales, el análisis específico de cada derecho es de contenido más bien restrictivista, hasta el punto de que excluye en todo momento la existencia de cualquier criterio o principio general que ampare las actividades individuales fuera del estrecho marco que esa cicatera lectura deja. Pero, en segundo término, y complementando la discutible técnica anterior, el TC se ha apartado del sensato criterio de la interpretación sistemática de la Constitución, puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, que evita su interpretación unitaria y global y, en concreto, toda conexión de los respectivos preceptos de la sección primera del capítulo II con otros evidentemente relacionados, como algunos del título preliminar (el artículo 1.1 o el 9.3) u otros del mismo título I.

Así, la sentencia afirma que la «libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona», no está comprendida en el artículo 17.1, que se limita a proteger

«la “libertad física”, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo

una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico —art. 1.1 de la Constitución—, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales [...] y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones “de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles” (o manifestaciones de la “libertad a secas”) y “los derechos fundamentales que garantizan la libertad” pero que “no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo”» (FJ 11);

en realidad, parece identificarse aquí dos cosas diferentes: de un lado, la razonable tesis de que *minima non curat libertas*, o *minima non curat praetor*, esto es, de que todas las concreciones específicas de la libertad, muchas de ellas menores, no pueden ser objeto de protección constitucional (por la vía del amparo ni por ninguna otra), pues de lo contrario prácticamente cualquier iniciativa legislativa o administrativa podría resultar inconstitucional (desde la prohibición de fumar hasta la reordenación del tráfico de vehículos en una ciudad); y, de otro lado, la desprotección de la libertad individual tanto en manifestaciones que pueden afectar a aspectos importantes de la autonomía personal, especialmente cuando entran en juego medidas estatales de carácter coercitivo, cuanto como conjunto amplio y sustancial de posibilidades de acción y de vida.

Y, precisamente, la sentencia 89/1987 es un precedente que pone de relieve la necesidad de revisar una doctrina deficiente y peligrosa, cuyos fundamentos son especialmente discutibles. También esta sentencia resuelve un recurso de amparo sobre derechos de determinados internos en prisión, a los que la Ley General Penitenciaria permite excluir de las comunicaciones especiales o *vis a vis* con familiares y allegados íntimos. El razonamiento fundamental del TC para rechazar el recurso, en vez de alegar la excepcionalidad de tal exclusión y su verosímil razonabilidad por razones de seguridad y similares, elabora toda una teoría general sobre la libertad protegida por la Constitución, que termina afectando tanto a los ciudadanos en general como a los internos:

«Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones [íntimas] no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles. Los derechos fundamentales que garantiza la libertad no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo.

Aseguran que nadie puede ser privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley (art. 17.1 CE) y protegen el ejercicio de libertades concretas (por ejemplo, arts. 19, 20, 21, 22, 27 y 28 CE) o de aquellos ámbitos en los que la libertad vital del individuo implica una exigencia de privacidad (verbigracia, artículo 18 CE) [...] el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido esencial de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas» (FJ 2).

Difícilmente podría haberse elegido una manifestación de la libertad humana más inapropiada que la sexual para los propósitos restrictivistas del Tribunal Constitucional. Porque, en efecto, si semejante doctrina fuera aceptable resultaría jurídicamente posible para el legislador prohibir no sólo las relaciones de carácter homosexual entre adultos, sino las relaciones íntimas pre y extramatrimoniales, así como cualesquiera relaciones sexuales no estrictamente coitales, ejemplos de todo lo cual pueden encontrarse en legislaciones pasadas y, aún en la actualidad, en algunos Estados federados de los Estados Unidos de América. Y no se diga que la sustancia de algunas de tales conductas puede ser salvaguardada acudiendo no al principio de libertad, sino al de igualdad, porque, aparte de que, en efecto, ese principio sólo sería aplicable para excluir la prohibición de las relaciones homosexuales, lo verdaderamente injustificado en tal eventual prohibición no estaría en que aplicaría dos medidas distintas, sino en la propia naturaleza de limitación a una libertad valiosa que comporta⁷. Piénsese, por lo demás, que con semejante doctrina no existiría una garantía constitucional de otras manifestaciones valiosas de la autonomía individual de personas adultas no específicamente protegidas, como la utilización de anticonceptivos, el estar libre de restricciones sobre el máximo de hijos que se pueden tener, el negarse a un tratamiento médico incluso no vital, el residir fuera del país por razones profesionales, el consumir productos y formas de ocio que, como las bebidas alcohólicas o el juego, son susceptibles de un uso sin abusos⁸, etc.

⁷ Este argumento, y precisamente en relación con la libertad de prácticas homosexuales, es decisivo en la crítica de Hart a la idea de Dworkin de que el único derecho básico es el derecho a una igual consideración y respeto (...): «El vicio de la negación de tal libertad no es su desigualdad o su impacto desigual; si el vicio *fuese* ése, la prohibición por un tirano de todas las formas [...] de actividad sexual no incrementaría la gravedad del mal, como de hecho seguramente ocurriría, y el mal desaparecería si todos se convirtiesen [...] a la forma prohibida de relación sexual.» «Between Utility and Rights» (1979), en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 221; trad. cast., que sigo, de M. D. González Soler, F. Laporta y L. Hierro, «Entre el principio de utilidad y los derechos humanos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 58, 1979, p. 27.

⁸ He excluido expresamente aludir a los llamados «delitos sin víctima», es decir, a aquellas conductas realizadas entre adultos con su consentimiento (drogadicción, prostitución, pornografía, etc.), porque éstas no son en principio manifestaciones valiosas de la autonomía individual. Es cierto que la defensa del derecho a la autonomía

Ha de reconocerse que la naturaleza del control judicial y constitucional —que es más bien caso por caso que genérico, incluso en el análisis más abstracto propio del recurso de constitucionalidad de las leyes— hace difícil una consideración global o totalizadora del grado de libertad y autonomía individuales del que una sociedad disfruta en un momento determinado de su historia. De esta manera, y por la vía del poco a poco, tanto los ciudadanos como los jueces podrían ser prácticamente inconscientes de si van perdiendo la sustancia de la libertad y cómo y cuánto la van perdiendo. Pero si, frente al método del TC en las dos sentencias citadas, se propicia una interpretación sistemática y coherente de la Constitución y se conectan los distintos preceptos que en ella se refieren a la libertad, las medidas que afecten de manera significativa a la autonomía personal podrían ser sometidas a un examen de constitucionalidad. Piénsese que tal autonomía está indisociablemente conectada, según el propio TC lo ha dicho en otras ocasiones, a la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10, precepto que también menciona «el libre desarrollo de la personalidad» como «fundamento del orden político y de la paz social» (así, la STC 53/1985, FJ 8), y que además debe interpretarse a la luz de la referencia al valor de la libertad que enumera en primer lugar el artículo 1.1 y corroboran más específicamente los artículos 9.2 y 16 y siguientes.

Desde el punto de vista del control de constitucionalidad, la interpretación anterior conduce, a mi modo de ver, a mantener la existencia en la Constitución española de un principio general de libertad, con dos manifestaciones fundamentales: de un lado, la que consagra una reserva general de ley para establecer limitaciones a la libertad genérica de los ciudadanos, donde el segundo inciso del artículo 17.1 de la

individual constituye una fuerte razón frente al paternalismo (o, según otra convención terminológica, perfeccionismo) estatal, especialmente si éste se expresa a través de la sanción penal, pues, de un lado, el reconocimiento de tal derecho supone que, en principio, la decisión sobre el valor de las opciones y planes de vida debe ser adoptada por el propio agente y no, heterónomamente, por terceros y, de otro lado, desde tal punto de vista, lo valioso es la autonomía individual misma, independientemente de cómo se ejerza y, por tanto, aun cuando se ejerza en un sentido que desde fuera puede considerarse no deseable: como ha dicho Carlos S. Nino, «(u)n buen test de la firmeza de nuestra actitud de adhesión al principio de autonomía consiste en verificar si estamos dispuestos a tolerar no sólo las formas de vida que nos parecen nobles e inspiradas sino también las que nos chocan por aberrantes o estúpidas» (*Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2.ª ed. rev., Barcelona, Ariel, 1989, p. 446). Con todo, los delitos sin víctima siguen siendo diferenciables de los casos aludidos en el texto porque en aquéllos es más fácil intentar (no digo que lograr) justificaciones paternalistas tanto en términos de defensa social como por razones de salvaguarda de la autonomía real de los afectados frente a la debilidad de su voluntad o a su incompetencia básica (cf. *ibidem*, pp. 427-445; en general, véase Gerald Dworkin, «Paternalism» [1971], trad. cast. de Jorge F. Malem, «El paternalismo», en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo [comps.], *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 148-181, así como el n.º 5 de la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1988, pp. 155-225, donde se recogen valiosas contribuciones de Ernesto Garzón Valdés, Paulette Dieterlen, Victoria Camps y Manuel Atienza).

Constitución sería el mejor argumento en favor de la garantía de la exigencia en nuestro Derecho de contar con una cobertura legal previa a cualquier reglamentación administrativa (salvo para los reglamentos *ad intra*, siempre que, en efecto, sean realmente tales y no afecten a derecho alguno de los administrados); y, de otro lado, como ha propuesto Luis Prieto, la que garantiza un «derecho general de libertad»⁹, que impide al legislador establecer limitaciones a la autonomía de los individuos no suficientemente justificadas¹⁰; en este segundo aspecto, el derecho general a la libertad vendría protegido —y me aparto de Prieto en esta colocación, según comentaré enseguida— por el primer inciso del artículo 17.1 y contaría con un contenido paralelo al del principio de igualdad del artículo 14, de forma que debería permitir someter a examen, y a un examen estricto en ciertos casos especiales, cualquier restricción seria de la autonomía personal de los ciudadanos.

La operatividad del principio como derecho fundamental depende de que, más allá de su carácter de criterio abstraído a partir de normas constitucionales como las citadas, su reconocimiento se haga residir específicamente en alguno de los preceptos de la Constitución que reconocen derechos. Así lo vio, a mi juicio con todo acierto, el magistrado Leguina Villa en su voto particular a la sentencia que se viene comentando, que viene a situarlo en el artículo 17.1. En efecto, aun sin mencionarlo expresamente como principio ni como derecho, en ese voto particular se parte de la afirmación de que la coacción,

«aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás».

Y, a partir de ese criterio, el voto particular proporciona excelentes argumentos para hacer residir como derecho en el artículo 17.1 de la Constitución el principio general de libertad:

«La Sentencia niega que la alimentación forzosa o la asistencia sanitaria coactiva limite la libertad personal de los recurrentes. Mi opinión es contraria a esta tesis. El artículo 17.1 de la Constitución reconoce a todos “el derecho a la libertad”, entendida ésta, según reiterada doctrina de este Tribunal, como “libertad física” que protege a todos no sólo, según dice la Sentencia, frente a detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que,

⁹ *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 163.

¹⁰ En el sentido anterior, por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución argentina dice que «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados».

oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos.»

La colocación del derecho general a la libertad en el primer inciso del artículo 17.1 resulta sistemáticamente apropiada en relación con la otra vertiente del principio general de libertad, la relativa a la reserva general de ley, que vendría consagrada especialmente en el segundo inciso de ese mismo número. Y, por cierto, que la expresa inclusión en este inciso de la frase «y en los casos y en la forma previstos en la ley» sería redundante e innecesaria si fuera aceptable la reductiva interpretación avanzada por el Tribunal Constitucional de la libertad del primer inciso como mera libertad física frente a la detención y la prisión, pues ya el resto del artículo 17, así como el artículo 25, que se refieren a esas dos formas específicas de privación de la libertad, hacen las oportunas remisiones a la ley cuando es necesario.

Esa colocación del derecho general a la libertad en el artículo 17.1 me parece preferible a la tesis de Luis Prieto, que lo sitúa en el ámbito de «la libertad de conciencia implícitamente comprendida en la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1»¹¹. Aunque Prieto explica que la libertad de conciencia es «una libertad eminentemente práctica que consiste no sólo en pensar y creer sin ataduras jurídicas, sino sobre todo en actuar de forma coherente con las propias convicciones», aun así, tal precepto no me parece el mejor candidato que nuestra Constitución ofrece como fundamento de un derecho general de libertad. Aparte de que la vertiente práctica también puede predicarse de la libertad ideológica, tal vez más amplia que la de conciencia, restringir ese derecho general al ejercicio de la libertad de pensamiento no capta el elemento de configuración de la personalidad y la vida de cada individuo con arreglo a sus propios deseos que caracteriza a la autonomía *personal*, sin que sea necesario que dichos deseos respondan al tradicionalmente más exigente, bien que vagoroso, concepto de conciencia, asociado a la idea de deberes morales (y en tal sentido parece aceptarlo Prieto), y ni siquiera al más social y comprometido concepto de ideología, que se correlaciona con representaciones ideales socialmente compartidas y estructuradas en concepciones globales.

En todo caso, la configuración del principio general de libertad como derecho reconocido dentro de la sección primera del capítulo segundo de nuestra Constitución conllevaría la consecuencia de que, al igual que ocurre con el principio de igualdad del artículo 14, su protección no sólo sería ejercible a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, sino también mediante el recurso de amparo. De tal modo, y salvo casos que sería poco sensato plantear —precisamente aquellos de los que la libertad no debe preocuparse—, y que el TC podría rechazar *a limine*, la existencia de dicho principio tendría la

¹¹ *Ibidem*, p. 162.

consecuencia observada por Luis Prieto de «destruir o, cuando menos, atenuar la presunción de constitucionalidad que acompaña a todas las disposiciones legislativas y, en concreto, a las que imponen mandatos y prohibiciones»¹². Además de anotar que ese efecto habría de afectar no sólo a las leyes, sino también a cualesquiera normas y actos, administrativos o judiciales, merece la pena desarrollar la diferencia apuntada entre *atenuación* y *destrucción* de la presunción de constitucionalidad de los actos y normas limitativos de la libertad personal, que, con todo, me parece preferible formular de otra manera, mediante la diferencia entre el examen ordinario y el examen estricto de constitucionalidad.

El examen ordinario a propósito de la constitucionalidad de cualquier limitación a la libertad —que, insisto, se habría de realizar en todos los casos que no fueran clara o manifiestamente infundados—, debería calibrar la *razonabilidad* del acto o norma en términos de protección o promoción no sólo de cualquiera de los derechos fundamentales, incluida la propia libertad individual de las personas¹³, sino también de los demás derechos y bienes constitucionalmente reconocidos. En cambio, el examen estricto —que habría de exigirse en cuanto un acto o norma afecte a aspectos sensibles como las creencias religiosas, la ideología, la intimidad, etc., o, aun no afectándolos, en cuanto comporte las formas más graves de limitación de libertad, como la utilización directa de la coacción o la amenaza de sanciones penales— supondría que la presunción favorable al mantenimiento de la libertad no podría ser destruida más que de probarse la *necesidad perentoria* de la limitación a la libertad para la salvaguarda del núcleo básico de algún derecho fundamental o de algún valor constitucional esencial¹⁴.

¹² *Idem*.

¹³ Aun tentado de escribir «de las demás personas», dejo conscientemente la más vaga formulación del texto para no prejuzgar aquí, aparentemente por definición, el problema ya aludido en la nota 8 de la justificación o no de las medidas paternalistas, es decir, de si podría o no resultar razonable limitar la libertad de una persona adulta para garantizar su propia libertad.

¹⁴ La anterior diferencia entre examen ordinario y estricto pretende reelaborar y adaptar a nuestro sistema constitucional la distinción que la jurisprudencia y la doctrina jurídica estadounidenses han elaborado para la interpretación de las cláusulas constitucionales del debido proceso y, sobre todo, de igual protección, entre el examen de racionalidad mínima (*Minimum Rationality Requirement* o *Rational Basis Test*) y el examen estricto (*Strict Scrutiny*), entre los que recientemente se viene abriendo paso la llamada revisión intermedia (*Intermediate Review*). El examen estricto opera cuando la norma impugnada limita derechos fundamentales o utiliza categorías «sospechosas», como las de raza u origen nacional, que sólo se consideran constitucionales si la norma sirve a un interés perentorio (*compelling interest*) o a una finalidad pública perentoria (*compelling governmental purpose*). El examen de racionalidad mínima, en cambio, se satisface si la norma impugnada cumple razonablemente un interés público legítimo basado en alguna concepción del bien general, viniendo así a otorgar un amplio margen de desarrollo constitucional libre al poder legislativo, al igual que una fuerte presunción de constitucionalidad de las leyes. Entre ambos, el examen intermedio exige la existencia efectiva de una relación sustancial entre el criterio de la norma impugnada y algún interés o finalidad estatal importante, aplicándose en aquellos casos en los que la norma impugnada limita derechos o intereses «importantes» aunque no «fundamentales» (en los términos de la Constitución estadounidense) o

Aunque ambos aspectos deben relacionarse con la exigencia de *proporcionalidad*, que es doctrina declarada del TC para la valoración de las limitaciones a los derechos fundamentales, el examen estricto forma parte de nuestro sistema jurídico-constitucional efectivo a través de principios como el del contenido esencial de los derechos fundamentales y el de intervención mínima en materia penal. Únicamente sería preciso el reconocimiento expreso o, en todo caso, el uso claro del examen ordinario frente a las limitaciones de la libertad personal. Sólo con ello se podrá evitar el cicatero regateo en la interpretación de la libertad que es tan llamativo en las sentencias 89/1987 y 120/1990 y, lo que es todavía más de temer, la exclusión de una reserva general por parte de la Constitución en materia de libertad que, como en el caso que aquí nos ocupa, deje escapar sin el debido examen importantes manifestaciones de la autonomía personal aparentemente no reconocidas de forma expresa en la Constitución.

Cabe insistir, con todo, en que el reconocimiento constitucional de dicho derecho general a la libertad no precluye necesariamente la posibilidad de que la ley establezca limitaciones justificadas, sea por su carácter razonable o sea por su interés perentorio, en caso de afectar a materias sensibles o de recurso a la coacción. En particular, dicho sea a modo de ejemplo, no es por completo excluible la constitucionalidad de la prohibición legal de las huelgas de hambre de presos y la correspondiente previsión de la alimentación forzosa, pues tal vez pueda apreciarse un interés perentorio en importantes exigencias de orden público, especialmente si se considera que tanto ceder a las peticiones de este tipo de huelguistas como abstenerse de toda ayuda para alimentarlos es previsible que tenga consecuencias muy negativas para el sistema político democrático, y no solamente en el caso concreto, sino incluso en otras eventuales huelgas de esos mismos o de otros grupos de presos. No obstante —y esto es más bien lo que me inclino a defender—, también cabe poner en duda la perentoriedad de dichas exigencias, cuyos efectos negativos para la estabilidad y pervivencia del sistema democrático no se deben exagerar ni presumir o temer de forma tan genérica.

utiliza categorías «sensibles» aunque no «sospechosas», como cuando una ley limita derechos a los hijos ilegítimos o a los minusválidos o establece diferencias por el sexo o la edad (cf. John E. Nowak, Ronald D. Rotunda y J. Nelson Young, *Constitutional Law*, 3.ª ed., St. Paul [Minn.], West Publishing, 1986, pp. 357-359 y 528-537; y Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2.ª ed., Mineola [N.Y.], The Foundation Press, 1988, pp. 1439-1445, 1451-1454, 1465-1466 y 1601-1616; en la literatura española, Enrique Alonso García se ha ocupado de estos conceptos, especialmente en su relación con la jurisprudencia constitucional española en materia de igualdad: véase su libro *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 200-238 y 382-389). Salvada alguna aplicación concreta (como la discutida y discutible inaplicación del examen estricto a las diferenciaciones por sexo), en la Constitución española cabe simplificar y unificar en un examen ordinario de razonabilidad —que será más o menos exigente en proporción a la naturaleza de los derechos afectados y de las limitaciones a ellos impuestas— tanto el *Rational Basis Test* como la *Intermediate Review*.

Una distinción ambigua e impugnabile: libertad para fines lícitos y para fines no amparados jurídicamente

En segundo término, para agravar aún más su restrictiva interpretación de la autonomía individual, el TC realiza la discutible distinción entre el uso de la libertad para fines lícitos y su uso para fines no amparados por la ley, por la que el segundo se reputa no protegible jurídicamente (FJ 7). Semejante distinción recibe cierta plausibilidad gracias a la ambigüedad de la expresión «fines no amparados por la ley», que puede querer decir dos cosas bien diferentes: de un lado, «fines legalmente prohibidos», caso en el que la distinción entre ellos y los fines amparados por la ley, así como las consecuencias de ella derivadas, tienen completo sentido —siempre, claro, que la prohibición legal sea constitucional, por ejemplo porque no limite derechos fundamentales—, si bien entonces no es usual hablar de libertad (no se habla de libertad de matar, robar, evadir impuestos, etc.); y, de otro lado, «fines no expresamente autorizados», caso en el que, salvo que se defienda el principio totalitario de que lo que no está expresamente permitido está prohibido, la distinción entre tales fines y los no amparados por la ley carece de justificación.

De los dos significados anteriores, parece claro que los objetivos de la huelga de hambre de los presos del GRAPO —conseguir su reunificación en una sola prisión— no se encuentran en el primer caso, pues no se trata de fines prohibidos por la ley. Lo que la sentencia formula como «el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico» (FJ 7) podrá no estar amparado expresamente por la ley, pero en ningún caso está legalmente prohibido. No lo está como fin en sí mismo considerado, pues los ciudadanos no tienen prohibida la prosecución de ningún fin como tal, ni siquiera el de la reforma de la Constitución y, con mayor razón, el de conseguir cambios legislativos o actuaciones administrativas en uno u otro sentido. Naturalmente, la licitud no de los fines mismos aunque sí de la *búsqueda* de tales fines está sometida a la licitud de los medios empleados, pero parece claro que no es a este significado al que la sentencia pretende referirse, y ello con independencia de que el TC no afirma en ningún momento que la huelga de hambre de presos —como en general la huelga de hambre— esté legalmente prohibida¹⁵.

Por supuesto, la licitud del fin de conseguir un cambio de criterio administrativo no es incompatible con la licitud de las potestades de la Administración. Más aún, aunque tales potestades fueran de ejercicio

¹⁵ No obstante, como más adelante se comentará, el hecho de que la sentencia considere obligatoria la interferencia por parte de la Administración penitenciaria mediante la alimentación forzosa podría interpretarse como una forma implícita de reputar prohibida la huelga de hambre de presos.

obligatorio —lo que probablemente no era el caso en el supuesto comentado—, la finalidad de que no se ejercieran pretendida por uno o varios ciudadanos sería perfectamente lícita siempre que se llevara a cabo por medios no ilícitos. De lo contrario, habría que considerar susceptibles de limitación los derechos de reunión, manifestación y asociación en la medida en que se usaran con el fin de cambiar una política gubernamental o una ley, por muy legítima que sea la actuación del Parlamento o del Gobierno, tanto en mantener una ley y en hacerla cumplir como en reformarla.

Así pues, el fin «no amparado» por la ley es simplemente un fin no autorizado expresamente pero tampoco prohibido, y las dificultades de esta posición se manifiestan en el confuso intento de la sentencia de presentar en términos jurídicos la dura alternativa a la que la huelga de hambre de los GRAPO enfrentaba al Estado:

«en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligada a preservar y proteger» (FJ 7).

Pero la expresión «en forma arbitraria» no resulta jurídicamente justificada, como he mostrado, ni por el fin de modificar la decisión del Estado ni por el medio utilizado para ello, de modo que no se ve dónde reside «el injusto» de tal modificación. Y tampoco se ve que si realmente el Estado está obligado legalmente a «preservar y proteger» la vida de personas bajo su custodia, aun frente a la voluntad de éstas de permanecer en huelga de hambre, sobra absolutamente toda consideración a propósito del otro cuerno de la alternativa: si existe semejante obligación, por más que fuera expresamente legal el fin perseguido por los huelguistas de hambre —supongamos que en una prisión se cubran efectivamente los puestos de personal sanitario legalmente previstos o que se ofrezca a todo interno trabajo propiamente dicho—, el Estado estaría obligado a alimentar forzosamente a los huelguistas.

Con todo, el párrafo tiene una interpretación distinta, que es la que seguramente le otorga verosimilitud desde una lectura no técnico-jurídica, por más que no sea propiamente lo que el TC dice: que al Estado le resulta difícilmente soportable el ser enfrentado a la alternativa de ceder a las peticiones de un conjunto de personas bajo la amenaza de que esas mismas personas se van a producir voluntariamente un daño a sí mismas. Ahora bien, la difícil soportabilidad de esa alternativa recibe una parte de su fuerza moral y psicológica precisamente del hecho de que la interferencia en la huelga de hambre mediante la alimentación forzosa no resulta palmariamente una obvia acción permitida o, todavía con menor razón, obligatoria ni desde un punto de vista moral ni, sobre todo, desde el jurídico. La otra parte de

su fuerza, a mi modo de ver, la recibe de la discutible suposición —con la que los huelguistas de hambre han de contar necesariamente— de que la responsabilidad moral por los daños producidos por no ceder a las peticiones pasará al Estado de forma plena o, en todo caso, será relevantemente compartida por él. No es necesario analizar debidamente esta conclusión desde un punto de vista moral para caer en la cuenta de que, de aceptarse como fundamentación de la solución jurídica a la que llega el TC, su alcance sería mucho mayor del que allí se sugiere.

En efecto, supuesto que no existe una obligación de preservar la vida ajena mediante la alimentación forzosa —pues, como he indicado, si tal obligación existe sobra toda consideración a propósito de la presión que el huelguista hace en el obligado—, el problema reside en calibrar los efectos morales de la presión que cualquier huelga de hambre produce en terceros. Pues bien, si la presión bajo huelga de hambre tiene la virtud de hacer pasar en algún grado hasta el presionado la responsabilidad por los resultados dañosos de aquélla, entonces, tanto si se acepta que el presionado debe sopesar la conveniencia de ceder a sus presiones en aras del mal menor como si se considera que es la huelga de hambre misma la que no puede constituir un derecho, una u otra solución rezará no sólo para quienes se encuentran en situación de sujeción, como los presos, sino también para cualquier ciudadano que sitúe al Estado en la alternativa de ceder o de alimentar forzosamente (el caso no es meramente académico, pues se recordará el del director de un ballet regional que se opuso a su despido por una Comunidad Autónoma mediante una huelga de hambre). ¿O es que se podría admitir que el traspaso de responsabilidad al Estado es mayor cuando se trata de presos que en el resto de los casos? De todas formas, como ya se vio, el TC parece ser reluctante, y con razón, ante la posibilidad de limitar tan drásticamente el derecho de los ciudadanos ordinarios a negarse a tratamientos médicos, y si esa forma de paternalismo no es jurídicamente defendible, ello conduce a concluir que el argumento del traspaso de responsabilidad tampoco puede tener consecuencias jurídicas para los ciudadanos sometidos a prisión.

Libertad y derechos correlativos: «agere licere», privilegios que no son derechos y norma general excluyente

El último grupo de argumentos de la STC 120/1990 que voy a considerar se refiere a la tesis de la correlatividad entre derechos subjetivos y deberes de abstención por parte de terceros, que la sentencia utiliza para negar que exista un «derecho» a morir (concepto en el que en adelante, por abreviar, incluyo también el de poner en serio riesgo la propia vida¹⁶). Intentaré mostrar que, tanto por la poca clari-

¹⁶ La STC 120/1990, con objeto de reforzar su negativa a aplicar el que llama «pretendido derecho a disponer de la propia vida», establece una tajante distinción

dad de las categorías utilizadas por el TC como por lo indeciso de las conclusiones que a fin de cuentas cabe colegir de ellas, tampoco en este tercer punto se puede decir que la sentencia adopte una posición favorable a la autonomía individual.

El TC afirma que todo derecho subjetivo implica «la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia» a su ejercicio por parte de terceros y, además, por supuesto, que en todo derecho fundamental tal posibilidad «se extiende incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho». De ahí que el

«derecho a la vida [tenga] un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un *derecho de libertad* que incluya el derecho a la propia muerte».

El TC adopta así un significado restringido y exigente del término «derecho» —lo que en principio es perfectamente aceptable desde un punto de vista técnico—, para situar la posibilidad para una persona de «*fácticamente* disponer de su propia muerte» (cursiva mía) en lo que llama el círculo de la libertad del individuo o del *agere licere*: así, la disposición sobre la propia vida, según el TC,

«es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental» (FJ 7);

no obstante, para complicar aún más las cosas, el TC dice en otro punto de la sentencia, a propósito ahora de la libertad ideológica del artículo

entre derecho a morir y derecho a poner en riesgo la vida. Según el TC, los GRAPO se habían declarado en una huelga de hambre «cuya finalidad no es la pérdida de la vida» (FJ 8), asumiendo un riesgo que «no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida. Puede ser, por tanto, la muerte de los recurrentes consecuencia de su protesta reivindicativa, pero no un resultado directamente deseado que permitiese hablar, en el caso de que existiese, de ejercicio del derecho fundamental a la propia muerte, ni, por consiguiente, que este supuesto derecho puede haber sido vulnerado por la coacción terapéutica» (FJ 7; aunque crítico con la valoración jurídica del TC, Manuel Atienza acepta la misma distinción entre suicidio y huelga de hambre: cf. «La argumentación jurídica en un caso difícil...», cit., p. 35). Sin negar que puedan existir puestas en riesgo de la vida bien diferenciables de la figura del derecho a morir (alpinismo, torero, etc.), no me parece tal el caso aquí discutido. Todavía espero un contraargumento que me anime a cambiar mi opinión sobre este asunto, que hace ya algún tiempo basé en las siguientes razones: «una huelga de hambre hasta sus últimas consecuencias es conceptualmente un suicidio, en la medida en que, si bien el huelguista no desea la muerte como fin, sí la acepta como consecuencia necesaria de su acción, del mismo modo que es homicida quien, aunque no la desee directamente, acepta la muerte de otro al que retiene secuestrado sin alimentación para conseguir cualquier objetivo» («Ética y derecho sin recetas», *El País*, 29 de enero de 1990, p. 12).

16.1, que tal libertad comprende no sólo una dimensión interna de derecho a pensar, sino,

«además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito *ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos*» (FJ 10; cursiva mía).

Como puede verse, en la sentencia se deslizan al menos dos distintas ambigüedades (si no contradicciones) en la descripción de la noción del *agere licere*: primera, cuando se considera el suicidio a la vez como una posibilidad *fáctica* y, también, como un acto jurídicamente *lícito*; segunda, cuando se habla del *agere licere* como esfera de libertad que en un caso —el suicidio— no da lugar a un derecho y en otro —la libertad ideológica— sí. Veámoslo por partes.

La dualidad entre actuar fáctico y actuar no prohibido podría suscitar la duda de si el TC trata la disposición sobre la propia vida como un hecho ajurídico o como un hecho regulado y conforme a Derecho. Estoy planteando así la vieja distinción entre el poder fáctico (*posse, can, können*=capacidad) y el poder normativo (*licere, may, dürfen*=licitud). Desde un punto de vista interno al Derecho, el poder fáctico puede ser considerado bien como una esfera no regulada, jurídicamente indiferente o, si acaso, lagunosa, bien como una condición para la existencia y la aplicación de las normas, en el sentido de que para regular una conducta con sentido es necesario que sea fácticamente posible (para prohibir matar debe ser físicamente posible matar, etc.). Sólo en este segundo aspecto, como condición fáctica de toda regulación, pero, naturalmente, no en el primero, la existencia de un poder fáctico es compatible con la existencia de un poder normativo (jurídico), que confiere una esfera de licitud en la que el individuo puede actuar normativamente con cierta cobertura por parte del Derecho, por mínima que sea. Pues bien, a mi modo de ver, en la medida en que en ningún momento la sentencia trata el asunto como una materia indiferente, para el Derecho o como una laguna, parece razonable sostener que el TC está presuponiendo el segundo significado, de condición fáctica de toda regulación, y no el de esfera no regulada jurídicamente. Es decir, que considera a la libertad de matarse a sí mismo como una manifestación de licitud jurídica, de forma que el *agere licere* es un actuar lícito para el Derecho y no una mera posibilidad fáctica.

La otra dualidad plantea la pregunta sobre qué tipo de *agere licere* o actuar lícito es ese que, siendo manifestación de la libertad (de un «derecho de libertad», como el propio TC dice en el mismo FJ 7), no es sin embargo un derecho, y no ya fundamental, sino ni siquiera ordinario. Aquí parece claro, sea cual sea el grado de rigor en el uso de expresiones idénticas por parte del TC, que lo que éste afirma expresamente es que el supuesto derecho a morir no es estrictamente un derecho en el sentido de que esté correlativamente prohibida la

interferencia ajena, incluida la de los poderes públicos, por más que cabe mantener —y recordar— la duda de si esa rigurosa situación jurídica es generalmente predicable o si ha de referirse únicamente a los presos en situación de sujeción especial, en la medida en que, «si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas», las limitaciones de terceros a aquel derecho «podrían» ser inconstitucionales (FJ 6). En todo caso, para el TC tiene sentido hablar de la capacidad de poner en riesgo la propia vida como ejercicio de un *agere licere* que no da derecho a ello en el sentido de que obligue a terceros a respetar tal conducta y al Estado a garantizarla.

Así pues, resumiendo, el TC parece estar construyendo la esfera del *agere licere* relacionada con el «derecho» a morir como un ámbito de libertad jurídica pero no protegida como derecho, es decir, no protegida frente a interferencias ajenas que, por tanto, exijan la protección positiva del Estado a través de las sanciones y demás mecanismos jurídicos necesarios. ¿Es sostenible la existencia de esta categoría? Lo analizaré en dos aspectos, ambos de carácter técnico-jurídico: uno conceptual (de teoría general del Derecho) y otro jurídico-positivo (de dogmática jurídica).

Para empezar, y aunque pudiera parecer lo contrario, no hay ninguna objeción sólida *desde un punto de vista conceptual* a la idea de que puedan existir conductas (o situaciones jurídicas subjetivas) lícitas respecto de las que no existe ningún deber (ni positivo ni negativo) por parte de terceros, esto es, que no conllevan deberes correlativos. Los ejemplos pueden ser muy numerosos, muchos de ellos encuadrables en la esfera de las relaciones competitivas: aunque se les llame a veces «derechos» (en el sentido más amplio posible), situaciones como el derecho a (o la libertad de) elegir un trabajo y a tratar de conseguirlo, o como el derecho a buscar y obtener beneficios empresariales, no sólo no dan lugar a ningún deber jurídico de otros de proporcionarlos positivamente, sino ni siquiera a ningún deber de no interferir en su ejercicio, puesto que pueden ser lícitamente frustrados por la competencia deliberada de terceros que concurren en pretender lo mismo (sólo para formas de competencia ilícita existe prohibición, pero ésta establece precisamente el límite a partir del cual los derechos o libertades citados dejan de ser tales, de modo que es dentro de la esfera de competencia lícita donde tales derechos concurren en distintas personas y pueden ser legítimamente frustrados). Y de estructura similar son —o podrían ser, si fueran reconocidos— el derecho a rechazar una transfusión cuando no existe la obligación para terceros de respetar en todo caso ese derecho, o el derecho al aborto cuando se concede a los médicos un derecho de «objeción de conciencia» sin límites, como ocurre en Francia, o, también, el «derecho» (que en realidad es una forma de impunidad) de la mujer a abortar en coexistencia con la prohibición de provocar abortos para terceros, como ocurre en algún Estado de los Estados Unidos.

Situaciones como las anteriores fueron teorizadas adecuadamente

por Hohfeld bajo la categoría del «privilegio»¹⁷, que Alf Ross denominó «permiso» o «libertad»¹⁸. Según Hohfeld, el privilegio tiene al «deber» como opuesto o negación desde el punto de vista de la propia persona (es decir, que si una persona tiene el privilegio de hacer *x*, entonces no tiene prohibido hacer *x*, y a la inversa) y al «no-derecho» como correlato o equivalente desde el punto de vista de terceros, donde por «no-derecho» ha de entenderse la carencia de derecho por parte de terceros a propósito de que el sujeto haga *x* (es decir, que si A tiene el privilegio de hacer *x* respecto de B, B tiene el no-derecho de que A haga *x*, y a la inversa). Como bien vio Hohfeld, un derecho en sentido estricto es un privilegio que, además, va acompañado de un deber correlativo de no interferir, pero cuando eso no ocurre, dándose entonces un mero privilegio y no un derecho en sentido estricto, los terceros tendrán a su vez el privilegio de interferir en la conducta de que se trate, aunque no el derecho a ello, que implicaría la prohibición correlativa de tal conducta. La situación del combate de boxeo o de cualquier juego competitivo, en la que los participantes *pueden* intentar golpearse y efectivamente golpearse o intentar marcar gol y efectivamente marcarlo, así como las relaciones de competencia económica y laboral, ejemplifican bien esta categoría del privilegio¹⁹; otro ejemplo significativo que proporciona el propio Hohfeld es el derecho (privilegio, en su terminología) del inculpa-do a no declarar contra sí mismo²⁰, que, en efecto, no excluye la licitud de la pretensión del juez, el ministerio fiscal o la acusación privada de intentar provocar tal declaración no coactivamente; por ejemplo, señalando contradicciones, alegando que hay otras pruebas y que el silencio puede ser perjudicial, etc.

Pero aceptar la posibilidad conceptual de la categoría del mero privilegio no compromete a gran cosa *desde el punto de vista jurídico-positivo* en relación con el «derecho» a morir: únicamente que, junto a la posibilidad abstracta de que un concreto sistema jurídico prohíba esta conducta o, por el contrario, la considere un derecho en sentido estricto, también cabe que la configure como mero privilegio. A primera vista, se diría que esta última es la opción seguida por nuestro TC en

¹⁷ Cf. Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (1913), trad. cast. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, pp. 47 y 50-61.

¹⁸ Cf. *Lógica de las normas* (1968), trad. cast. de José Hierro Sánchez-Pescador, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 113-122.

Para Ross, «(l)a conducta permitida y las libertades tienen el rasgo en común de no estar prohibidas. Se diferencian en que un acto permitido puede estar prescrito (me está permitido cumplir con mi deber), mientras que un acto que sea una libertad no puede estar prescrito» (*ibidem*, p. 121). Esto significa que, en la terminología de Ross, la única diferencia entre permiso y libertad consiste en que el primero ha de ser o positivo (de hacer *x*) o negativo (de omitir *x*), mientras que la segunda es la unión de un permiso positivo y uno negativo sobre el mismo tema (de hacer y omitir *x*).

¹⁹ Véanse sobre este tipo de ejemplos los comentarios de Carrió en su estudio preliminar a Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., pp. 17-18.

²⁰ Cf. *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., pp. 60-61.

cuanto que considera la puesta en riesgo de la propia vida como manifestación del *agere licere* que no da lugar a un deber correlativo de no interferencia por parte de terceros y, por tanto, a protección estatal alguna. Sin embargo, si se analiza más despacio, la configuración de la situación normativa que presenta la sentencia es más compleja, sin corresponder por completo a la relación de concurrencia entre privilegios de diferentes sujetos, y —me temo— que al fin y al cabo termina por no ser coherente. Si la esfera del *agere licere* del ciudadano, tal y como es descrita en la sentencia, parece configurarse en general como un privilegio, en cambio, la interferencia por parte de la Administración penitenciaria mediante la alimentación forzosa no se formula como una posibilidad, sino como una «obligación legal» de «velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia» que el TC reputa expresamente al artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria²¹. Y aquí las cuentas ya no cuadran.

Por definición, si A tiene el deber de impedir que B haga *x*, B no puede tener el privilegio (y, por supuesto, tampoco el derecho) de hacer *x*. Ambos criterios son, lógicamente, incompatibles en el sentido de que no pueden ser realizados simultáneamente, pues equivalen a la proposición de un padre que le dice a su hijo: «Tienes mi permiso para ir al cine y estoy obligado a no dejarte ir»²². Para evitar tal incoherencia,

²¹ Este precepto dice: «La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos»; no obstante, el artículo 3 comienza diciendo: «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena [...]. En consecuencia: 1. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.»

²² En ocasiones se ha venido a sostener que prohibición y permiso no son términos excluyentes. Así, se ha dicho que hay conductas que están prohibidas pero que, sin embargo, a la vez, están permitidas: precisamente en una materia tan cercana a la que aquí se viene discutiendo como el suicidio, algunos penalistas han mantenido que se trataría de una conducta jurídicamente prohibida pero sobre la que, para los casos de tentativa o frustración, recaería una excusa absolutoria o una causa de exclusión de la punibilidad por razones de política jurídica. Esta tesis parece más un ejemplo de contaminación moralizante del Derecho penal que una sólida construcción, pero el caso es que esa misma construcción puede servir también para sostener que la eximente correspondiente no concede a los menores de edad penal o a los enajenados un *permiso* general para cometer cualesquiera conductas que para las demás personas están prohibidas. A mi modo de ver, sin embargo, la visión anterior juega con una confusión entre distintos regímenes jurídicos que pueda dar lugar a la introducción espúrea de criterios no jurídicos. La reluctancia a admitir que el menor tiene permiso para delinquir procede, sin duda, de razones morales pero también —y por eso es jurídicamente aceptable— de que su acto, aunque efectivamente se halla permitido por las normas que regulan las penas que corresponden a los delitos, en realidad, está prohibido por las normas que regulan la responsabilidad civil. En cambio, el suicidio intentado o frustrado no se halla prohibido por norma alguna, de modo que insistir en que no está permitido a pesar de no hallarse prohibido es introducir sin más un criterio moral extraño al cuerpo normativo jurídico en cuestión (alternativamente, podría considerarse como prohibido por vía jurisprudencial, con el fundamento de que la vida no es un bien jurídicamente disponible y con la consecuencia de que

probablemente la interpretación más sensata de la sentencia es que intentar la propia muerte es un privilegio de los ciudadanos en general —lo que significa que se les *puede*, también como mero privilegio, impedir esa conducta—, pero no de los presos en situación de sujeción especial, a quienes al menos la Administración penitenciaria les *debe* impedir dicha conducta y, en tal medida (aunque sólo en tal medida, pues no hay propiamente sanciones aparejadas), no actúan lícitamente o, si se quiere, es para ellos una conducta jurídicamente prohibida, esto es, que no pueden emprender sin esperar su obstaculización legal por parte del Estado. ¿Cuál es, entonces, la situación jurídica de otros terceros, en particular de los médicos que no participan de la precedente obligación por hallarse al margen de la Administración penitenciaria? En la interpretación anterior, parecen estar en la situación del simple privilegio, esto es, están simplemente autorizados a llevar a cabo la alimentación forzosa, de modo que, desde luego, no tienen prohibida tal interferencia pero tampoco se les impone de forma obligatoria, pudiendo negarse libremente a colaborar con el Estado.

Ahora bien, aceptando como más razonable la anterior interpretación de la sentencia, ¿se trata de una decisión jurídicamente correcta, consideradas las previsiones constitucionales y el resto de la legislación relevante? Además de la inadecuada interpretación del artículo 17.1 de la Constitución, conforme a los argumentos que antes se aportaron en relación con el derecho general a la libertad, resulta también muy discutible la propia argumentación que lleva a admitir al Tribunal que la alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre se puede derivar de la obligatoriedad del Estado de velar por la vida y la salud de los presos. El voto particular de Rodríguez-Piñero ofrece un buen contrapunto a esa argumentación cuando afirma que la voluntariedad en la asistencia médica es un derecho fundamental que no puede entenderse limitado por la obligación genérica de la Administración de velar por la vida y la salud de los internos, pues la habilitación que otorga el artículo 25.2 de la Constitución a la Ley Penitenciaria para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos

«ni de por sí justifica una limitación de derechos, que ha de ser razonable y proporcionada para ser constitucionalmente legítima, ni, en el caso concreto de la huelga de hambre, ha dado lugar, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas comparados, a una regulación específica. El silencio de la Ley sólo puede ser interpretado, también a la luz del artículo 25.2 CE, como el reconocimiento de que en esta materia la situación del penado o del interno no ha de sufrir restricción alguna de sus derechos respecto a la situación de cualquier otro ciudadano en libertad».

No se deduce claramente de este texto si una hipotética prohibición legal de las huelgas de hambre de presos sería o no constitucionalmente razonable y proporcionada (sobre lo que ya se ha comentado algo antes a propósito del derecho general de libertad), pero donde hay una visión tajantemente opuesta a la de la mayoría del TC es en la aplicación al caso de la norma general excluyente «Lo que no está prohibido está permitido»²³. ¿Cuál de ambas posiciones es preferible?

No sería apropiado aquí discutir en detalle los múltiples aspectos complejos y problemáticos que presenta tal norma general excluyente. Es conveniente recordar, no obstante, que, como han mostrado conclusivamente Alchourrón y Bulygin frente a la pretensión de Kelsen (hasta la edición de 1960 de la *Reine Rechtslehre*) y de otros, dicha norma no es un principio jurídico-normativo necesario. Para aquellos autores, la alternativa básica es la siguiente: o bien el principio es una afirmación conceptualmente necesaria, que dice que en cualquier sistema jurídico lo no prohibido está permitido en el sentido en que «permitido» significa estrictamente «no prohibido», y entonces se trata de una verdad tautológica y universal, sí, pero trivial, que únicamente nos dice que lo no regulado no está regulado; o bien el principio es una norma jurídicamente existente, que afirma que las conductas que no están expresamente prohibidas se deben considerar permitidas, y entonces se trata de una norma contingente y empírica, que existirá o no según haya

la interferencia de terceros es lícita, si no también obligatoria, pero entonces no se podría decir que el suicidio intentado o frustrado es un acto jurídicamente permitido).

²³ Luis Prieto parece identificar el principio o derecho general de libertad a que ya me he referido con esta norma general excluyente o criterio de clausura del sistema jurídico. Para ello, se ve obligado a reformular implícitamente el significado tradicional de este último criterio —tal y como lo utiliza Kelsen hasta la edición de 1960 de la *Reine Rechtslehre*, donde opera en el nivel normativo general (o, en el caso más favorable para el particular, legislativo), permitiendo las conductas no normadas (o, en el caso más favorable, no prohibidas legalmente)—, hasta atribuirle un peculiar significado constitucional, según el cual «todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe reputarse jurídicamente permitido», de modo que «el principio de libertad autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no debe prohibir» (*Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., esp. pp. 158-159 y 163-164).

Sin embargo, junto a la conveniencia de no identificar significados que son diferentes, conviene además tener presente que mientras el principio general de libertad es un criterio material que afirma que la ley no debe prohibir ciertas actividades que, por formar parte esencial de la libertad personal, deben estar permitidas, en cambio, la norma general excluyente es un criterio formal que se limita a afirmar que lo no prohibido por la ley, cualquiera que sea su contenido, debe considerarse permitido. Por lo demás, el principio general de libertad no es propiamente una norma de clausura que establezca un metacriterio o criterio de segundo nivel, de modo que opere residualmente o a falta de criterio, sino un criterio de primer nivel, como lo es, por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley. Tal vez el aparente (sólo aparente) carácter tautológico de ambos criterios, junto a la similar polivalencia del «debe» en uno y otro, que puede tener carácter constitucional, meramente legal o extrajurídico, explique la estrecha asociación entre ellos propuesta por Luis Prieto. En todo caso, aquí uno y otro se mantienen diferenciados y los comentarios que siguen en el texto se refieren únicamente al criterio de clausura o norma general excluyente.

sido formulada o sea aceptada en un determinado sistema jurídico²⁴ o en un sector de él²⁵.

¿Hasta qué punto está vigente en el Derecho español la norma general excluyente? Se puede afirmar con seguridad que no lo está en general, al menos en cuanto criterio relativo a cualquier posible conducta, incluyendo ámbitos como el de las relaciones de Derecho privado entre particulares o el de la actuación de la Administración²⁶. Hay dos sectores, sin embargo, en los que los principios de legalidad formal y de prohibición de la analogía *in malam partem* convalidan la existencia constitucional de una norma general excluyente en relación con las acciones de los ciudadanos: el Derecho penal y el tributario. Ha de observarse, con todo, que la operatividad especialmente garantizadora de la norma general excluyente en estos dos sectores procede no tanto de esa norma como tal, sino, de un lado, de su rango constitucional y, de otro, de la reserva legal y de la exigencia de taxatividad o concreción que la acompañan, que permite formularla como «Lo que no está *legal y taxativamente* prohibido está permitido para el ciudadano», o «Lo que no está establecido *expresa y concretamente por ley* como tributo no obliga al ciudadano».

Ahora bien, el problema que aquí se debate afecta al Derecho admi-

²⁴ Al parecer, en la cultura china funciona el principio de que las acciones individuales están permitidas si hay una ley que las autoriza expresamente, mientras que el Estado puede interferir en todas las acciones no expresamente autorizadas; en este esquema, ante la falta expresa de autorización, los individuos no saben si pueden hacer algo o no. Dos efectos importantes del principio son, de un lado, que la supresión de una autorización se presume equivalente a una prohibición (así ocurrió con la simple derogación de la ley que permitía los murales) y, de otro lado, que el Código penal chino de 1979, en su artículo 79, establezca lo siguiente: «Una persona que comete un delito no definido explícitamente en las partes específicas de la ley penal puede ser condenada y sentenciada, tras la aprobación del Tribunal Popular Supremo, según el artículo más similar de la ley» (cf. Jon Elster, *Juicios salomónicos*, pp. 165 y 210, n. 68).

²⁵ Cf. Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, cap. VII, así como «Permisos y normas permisivas» (1984), en *Análisis lógico y derecho*, prólogo de Georg H. von Wright, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 218-221; para un resumen de sus argumentos básicos más amplio que el del texto pueden verse mis voces «Permissivité» y «Prohibition», en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, sous la direction de André-Jean Arnaud *et alia*, Paris/Bruxelles, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence/E. Story-Scientia, 1988, pp. 287-291 y 323-325; cf. también Victoria Iturralde Sesma, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989, cap. III.

En realidad, por lo demás, la alternativa que se ofrece en el texto no agota las posibilidades. Los mismos Alchourrón y Bulygin sostienen que la plenitud de un sistema normativo, que podría obtenerse mediante la norma general excluyente, puede ser además un ideal racional (cf. *ibidem*, pp. 227-228). Además, el principio de que lo no prohibido está permitido podría ser un criterio moral y, por tanto, tener carácter universal y no tautológico, pero también, claro, meramente ideal y no vigente positivamente. En tal caso, el principio establecería el criterio —discutible si se toma como aplicable indiscriminadamente, pero aceptable en determinados sectores jurídicos o para cierto tipo de relaciones interpersonales, etc.— de que todo lo que no está prohibido debe, desde un punto de vista moral, estar jurídicamente autorizado.

²⁶ Puede verse un desarrollo de estos argumentos en mi *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 251-253.

nistrativo, donde la vigencia de dicha norma (como permisiva para el administrado) es más dudosa en general, pues —desde un punto de vista descriptivo al menos— la debatida cuestión de la existencia o no de una reserva general de ley en nuestro sistema deja en duda si la prohibición de que habla la norma general excluyente permisiva ha de ser de rango legal o basta que exista una norma reglamentaria que regule genéricamente una materia, esto es, si debe leerse como «Lo que no está legalmente prohibido está permitido» o como «Lo que no está reglamentariamente prohibido está permitido». Ciertamente, puede tenerse como descripción indubitada de nuestro Derecho que la Administración no puede realizar *actos* administrativos sin la habilitación de una norma general previa. Pero el problema es que, aun dando por admitida la existencia de una reserva general de ley, y tanto respecto de los actos como de las normas administrativas, la vigencia del criterio de taxatividad y concreción no resulta tan clara como en el caso del Derecho penal o el tributario y, en todo caso, su exigibilidad parece ser en la práctica bastante más laxa.

Sin embargo, desde el punto de vista de una interpretación prescriptiva que dé razón de la manera más completa y aceptable del conjunto de nuestro Derecho en este punto, el voto particular de Rodríguez-Piñero apunta en la mejor dirección, pues su consideración de que la Ley Penitenciaria guarda silencio sobre la alimentación forzosa a los presos en huelga de hambre es más conforme que la posición opuesta con varios criterios relevantes de carácter constitucional: en primer lugar, con el de la identidad de razón para exigir taxatividad en el establecimiento de medidas coactivas de carácter penal y en el de la alimentación a la fuerza; en segundo lugar, con el principio de la interpretación expansiva de los derechos fundamentales; y, en tercero y más decisivo lugar, con el principio general de libertad que aquí se ha defendido como protegido por el artículo 17.1 de la Constitución, que en su segundo inciso exige forma legal para cualquier privación de la libertad²⁷. Así pues, la desconsideración que la sentencia hace de la norma general excluyente denuncia, una vez más, un punto de vista estrecho y discutible a propósito de las garantías constitucionales de la autonomía individual de los ciudadanos²⁸.

²⁷ Esta interpretación supone que la lectura más defendible de nuestra Constitución la ofrece la filosofía política de talante liberal, entendiendo por tal la tradición que, *ex parte populi*, ve en el Estado un instrumento de la realización de los derechos e intereses individuales (y, derivativamente, sociales), que, a la vez, son el límite del poder político y la razón última de sus mecanismos de control. En tal visión, el necesario equilibrio en la balanza entre los derechos e intereses de los ciudadanos y el poder estatal ha de tomar como referencia de partida el criterio de la máxima expansión posible de los primeros, correspondiendo siempre al Estado la carga de la prueba de la necesidad o conveniencia de interferirlos o limitarlos.

²⁸ Con todo, la aplicación de la norma general excluyente, que se limita a rellenar una laguna normativa o legal mediante un permiso, tiene efectos extraños cuando tal permiso se configura como un privilegio y no como un derecho (en el sentido de Hohfeld antes comentado). En efecto, si la norma general excluyente opera, como se ha sugerido en el texto, en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos pero no en

RECAPITULACION

Concluiré recapitulando críticamente las tres soluciones básicas teóricamente posibles ante los conflictos intrapersonales entre la vida y la autonomía, cada una de ellas sustentada en alguna medida por nuestra jurisprudencia ordinaria o constitucional.

En primer término, está la posición para la que no existe ni derecho ni privilegio de disponer de la propia vida, teniendo los terceros el derecho, así como, al menos los poderes públicos, el deber de interferir en tal caso. Esta es la solución general del TS conforme al criterio de la indisponibilidad de la vida, y, en principio, la del TC para los presos en situación de sujeción especial²⁹. Como solución general, se trata de una posición perfectamente posible desde un punto de vista técnico-jurídico, sea porque se sostenga que la vida no es un derecho sino un bien, sea porque se admita que no hay nada de contradictorio en la idea de derechos irrenunciables³⁰. Como posición específica, la argumentación del TC no sólo es desmesurada, debido a que muchas de sus observaciones generales más comprometidas eran innecesarias si lo que se quería era aceptar un régimen de excepción para las huelgas de hambre de reclusos, sino que contiene abundantes oscuridades y ambigüedades, cuando no incoherencias, seguramente como tributo a la vidriosidad tanto jurídica como moral y política del asunto resuelto.

En segundo lugar, como posibilidad abierta por una interpretación

las relaciones entre particulares, la permisón de una conducta por ausencia de regulación puede ser compatible con la permisón de la interferencia en tal conducta por parte de terceros particulares. La situación jurídica del Estado en este caso es de deber de abstención, similar a la que adopta ante las relaciones de competencia económica y laboral, pero en el caso de la huelga de hambre y de su interferencia privada, a diferencia de las relaciones de competencia, se produce un efecto paradójico y poco razonable. En los términos en los que se ha definido, resulta que sólo el particular que interfiere a otro que pretende darse muerte a sí mismo actúa lícitamente, pero no la autoridad o funcionario que realiza la misma conducta. Y hay algo absurdo en sostener que un particular puede impedir a otro suicidarse pero que, en las mismas circunstancias, un policía no puede hacerlo. Apoyar esa afirmación en que el particular puede actuar así porque como no lo tiene prohibido está autorizado, mientras que el policía no puede porque no lo tiene expresamente autorizado, responde a principios razonables en general, que funcionan bien, por ejemplo, en el ámbito del Derecho privado, pero que en este caso no parecen bien correlacionados con la particularidad de la situación. Lo razonable es pensar que si no está mal impedir un suicidio para un particular tampoco lo estará para la Administración, y si está mal eso rezará también para ambos. Esta reflexión sólo puede concluir poniendo de manifiesto cómo en este caso es pertinente el lugar común de que la falta de regulación expresa no siempre da lugar a la regulación más idónea.

²⁹ Digo «en principio» porque, como antes se ha dicho, también el Tribunal Constitucional, en el citado Auto 369/1984, justificó la licitud de la interferencia de un juez que autorizó una transfusión sanguínea forzosa a un testigo de Jehová.

³⁰ En contra, se ha dicho que «poco derecho es aquel que no se puede renunciar» (Joan J. Queralt, «La eutanasia: perspectivas actuales y futuras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLI, 1, enero-abril 1988, p. 121). Sin embargo, esta objeción reduce los derechos a manifestaciones de voluntad, cuando cabe concebirlos también como bienes, intereses o necesidades protegibles.

más generosa del artículo 17.1 de la Constitución, aparece la solución que configura la disposición sobre la propia vida como un derecho propiamente dicho, exento de la interferencia de terceros y protegido por el Estado. Esto es lo que, como hemos visto, la misma STC sugiere —sólo sugiere— para los ciudadanos en general, excluidos los que se hallan en situación de sujeción especial, cuando dice que la asistencia médica obligatoria o cualquier otro impedimento «podría» ser ilícita frente a «quien asume el riesgo de morir» (FJ 7; vid. también FJ 6).

En tercer lugar, entre las dos anteriores, también se ha formulado la posición para la que existe el privilegio, pero no el derecho, de producirse la propia muerte, que es compatible con el privilegio de terceros de interferir en esa situación. Esta es la solución del *agere licere* como esfera no especialmente protegida que cabe inferir como criterio general y más coherente de la STC 120/1990 para las situaciones genéricas de disposición de la propia vida, exceptuadas las dos anteriores, es decir, de un lado, la de las personas en situación de sujeción penitenciaria y, de otro, la de cualquier persona que se enfrenta a un tratamiento médico.

Ahora bien, de las tres anteriores, ¿cuál será la mejor solución desde un punto de vista de política jurídica? Aparte de las dudas que legítimamente pueden alimentarse ante la posibilidad de legalizar abierta e indiscriminadamente conductas como las aquí comentadas —no se olvide, por ejemplo, que se ha defendido con buenos argumentos que la eutanasia debería estar jurídicamente tolerada, pero no a través de una regulación legal positiva, que establezca requisitos como la petición expresa ante testigos, uno o varios certificados médicos, etc., sino mediante la simple previsión de una eximente³¹—, no creo que haya una única respuesta válida para todos los casos de disposición de la propia vida: interferir en el suicidio de una persona momentáneamente desesperada no es lo mismo que transfundir sangre forzosamente a un testigo de Jehová, como no es igual ayudar a morir a un enfermo terminal que así lo pide que provocar la muerte a una persona psicológica deprimida. Pero analizar estos y otros varios y complejos problemas que plantean las distintas formas de manifestación del «derecho» a morir exigiría ir mucho más allá del planteamiento general, más bien introductorio, desarrollado en las páginas anteriores.

³¹ Cf. James Rachels, *The End of Life. Euthanasie and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 183-185. Tal regulación de la eutanasia, por lo demás, no se aparta gran cosa de la que algunos penalistas españoles defienden como conforme con la Constitución en nuestro vigente sistema penal: sobre ello, cf. Bacigalupo, «El consentimiento...», cit., pp. 150-157.

II. ESTUDIOS PREMIADOS POR EL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

