

EL DEBER ETICO DEL RESPETO A LA VOLUNTAD AJENA EN EL DERECHO PENAL

Prof. Dr. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

I.- OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO.-

Etica y Derecho penal son, por supuesto, entidades distintas. Pero se produce aquí una relación similar a la existente entre Derecho y Justicia. También, por supuesto, Derecho y Justicia son categorías no identificables. No es el momento de plantearnos la ardua cuestión de si el Derecho injusto es o no Derecho. Partimos de una concepción relativamente positivista del Derecho, en el sentido de que, siendo algo distinto a la Justicia, no es una categoría ajena, sino que el Derecho -sostenía Legaz Lacambra- es "un punto de vista sobre la Justicia". La norma no es una total obra de la razón, la Ley no tiene un imperio absoluto y el poder legislativo no se identifica hasta totales extremos con la voluntad soberana del pueblo. Un mínimo de Justicia debe de existir insita al Derecho, y, así, se dice que un Derecho aboslutamente arbitrario y caprichoso no es Derecho por carecer de la certeza, primera exigencia de la Justicia.

El Derecho penal cumple una función básica que es la protección de bienes jurídicos, lo que le obliga a mantener también un punto de vista de carácter ético. Prueba de ello

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

es que el bien jurídico ya no se concibe como un derecho subjetivo, sino como valor ético-social. De este modo, se puede sostener que el Derecho penal tiene un condicionamiento ético social en la medida en que la protección de ciertos valores, mínimos para el mantenimiento de la vida en comunidad, constituye su función primordial.

El bien jurídico tiene un origen netamente liberal obediente a la necesidad de protección de la libertad personal frente a la arbitrariedad del poder. Es Binding quien elabora técnicamente el concepto de bien jurídico, como corrección y desarrollo de la concepción de Feuerbach para quien el delito se concebía como lesión de derechos subjetivos. De este modo se huye de una concepción formal del injusto penal que, pasa de ser una simple contrariedad al Derecho, para convertirse en lesión de bienes jurídicos, es decir lesión de valores ético-sociales. El delito, pues, no es simple infracción de la norma sino lesión de intereses reales que constituyen valores especialmente apreciados por la Comunidad por su contenido ético-social. Delito no es, pues, mera desobediencia al mandato jurídico sino principalmente lesión de valores ético-sociales.

Afirmar, por tanto, que el Derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos y entender la expresión "bien" como valor, es apelar a la vinculación del legislador al mundo de los valores ético-sociales frente a los cuales no puede obrar caprichosamente.

Por esta razón, todas las instituciones jurídico-penales, en mayor o menor medida, contienen una dependencia o relación de carácter ético. Se dice que el delito consiste en un hecho cometido por el autor y en dos valoraciones que

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

realiza el juez, las de antijuricidad y culpabilidad. Pues bien, en ambas valoraciones se tiene en cuenta el valor ético vigente en la vida social. La antijuricidad no es un simple juicio formal de contrariedad del hecho con el Derecho, ni la culpabilidad se reduce a un juicio sobre la vinculación psicológica entre el autor y el hecho. Por el contrario, el juicio de antijuricidad versa sobre la lesividad ético-social del comportamiento y el de culpabilidad sobre el reproche que merece el autor por haber obrado en contra de la norma jurídica.

El hecho de que la esencia de la culpabilidad estribe en poder obrar de otro modo y el hecho de que de ahí se derive un juicio de reproche exige precisar la relación que exista entre la culpabilidad de la que hablamos y la culpabilidad ética que, sustancialmente, también es un poder obrar de otra forma determinante del reproche. La necesidad de aclarar el tema es particularmente importante si tenemos en cuenta la función ética que se suele atribuir al Derecho penal en la defensa de los valores ético-sociales más elementales.

Es común opinión hoy la de que la culpabilidad de la que hablamos es jurídica y no ética. La culpabilidad jurídico-penal está en función de la comisión de un hecho antijurídico. En otras palabras, la culpabilidad presupone la antijuricidad de la conducta. La culpabilidad depende del injusto por lo que por sí sola no puede fundamentar la pena. El principio "no hay pena sin culpabilidad" no tiene un valor invertido (no hay culpabilidad sin pena). El insistir en que la simple culpabilidad no es suficiente aún para la imposición de la pena, porque ésta exige aún como presupuesto la comisión de un hecho antijurídico, obedece

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

al deseo de recalcar que la culpabilidad ético-social o moral, en tanto no encuentre base en el Derecho positivo, es jurídico-penalmente irrelevante.

Prueba de que la culpabilidad de la que hablamos no es culpabilidad ética está en que la medida de la misma está legalmente determinada. Bastaría citar como ejemplo la limitación legal de la edad que establece la frontera de la imputabilidad, o el estado de necesidad exculpante sometido a requisitos legalmente establecidos. De otro lado, desde el momento en que rige el principio de legalidad y admitido que el legislador puede equivocarse, ser torpe o injusto, es evidente la separación entre culpabilidad jurídica y moral. Habrá delito, aunque el hecho sea moralmente valioso o indiferente, si la ley lo entiende así. Por último la culpabilidad que sólo se conoce en el foro de la conciencia no tiene relevancia jurídica porque la culpabilidad de la que hablamos es la que se fija en los Tribunales de Justicia a través de un proceso público jurídicamente regulado.

Ahora bien, no puede olvidarse, sin embargo, la vinculación del Derecho penal con la moral, vinculación que trasciende en todos los ámbitos de dicha rama jurídica. De ahí que el modo de operar la culpabilidad jurídico-penal sea similar al modo de operar la culpabilidad ética. La vinculación del juez a la ley prohíbe, sin embargo, las valoraciones éticas conforme a representaciones altamente personales del juez.

La cuestión de las relaciones entre la culpabilidad jurídica y la moral no puede finalizarse sin hacer referencia al problema actual del delincuente por convicción. No son ejemplos académicos, sino casos judiciales de gran impacto social, los de quienes se niegan al servicio militar de

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

armas por razones de conciencia o quienes, como los testigos de Jehová, se niegan a la vacunación obligatoria, o el médico católico que deja morir a la madre por negarse a practicar el aborto. Todos estos son casos de delitos cometidos por razones de conciencia, es decir, de acuerdo con los deberes éticos personalmente asumidos por el autor. La doctrina está de acuerdo en que, pese a la entinomia entre el deber moral y el jurídico, el Derecho no puede ceder. El Derecho no puede hacer depender la fuerza obligatoria de las normas de la aprobación o no por la conciencia individual, porque entonces no sería posible crear un orden supraindividual ni tampoco proteger adecuadamente los bienes jurídicos como la salud pública o la defensa a través de la vacuna obligatoria o el servicio militar. Lo cual implica que la doctrina acepta la culpabilidad jurídico-penal en tales casos aunque no sea posible afirmar una culpabilidad ética.

Lo que es cierto, y en ello están de acuerdo la mayor parte de los autores es que las razones de conciencia deben de revestir una importancia jurídica. Deben servir para la crítica del Derecho positivo y una adecuada política criminal, así como en la medida de la pena. Que al insumiso que renuncia al servicio militar y a la prestación sustitutoria se le debe castigar con una sanción adecuada teniendo en cuenta las motivaciones, es algo que no se discute en el plano doctrinal y ha sido tenido en cuenta en algunas legislaciones. En este sentido la culpabilidad ética no es completamente ajena al Derecho penal.

II.- EL RESPETO A LA VOLUNTAD AJENA COMO MINIMA EXIGENCIA ETICA.-

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

A mi juicio, el principio ético de respeto a la voluntad ajena cobra relevancia jurídico penal, sobre todo, en el llamado tratamiento médico quirúrgico.

Por lo que se refiere a la justificación de la muerte o lesiones producidas en la **actividad médico-quirúrgica**, es imprescindible la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) La *Lex artis*, es decir, el conjunto de reglamentaciones técnicas y éticas propias de la actividad profesional que se desarrolla, y 2) el *consentimiento* del paciente. La ausencia de cualquiera de estos dos requisitos permite la apreciación de un homicidio imprudente.

No es esta la opinión común de la Doctrina que, por el contrario, entiende que los requisitos para excluir la responsabilidad criminal son exclusivamente la *lex artis* y la finalidad de curar, siendo absolutamente indiferente el éxito o fracaso de la intervención y la existencia o no de consentimiento por parte del paciente. Conforme a esta tesis, si el médico cumple con la *lex artis* y obra con la finalidad de curar no sería posible la apreciación de homicidio imprudente, aún cuando fracasara en su intervención, produciendo la muerte del enfermo que se había opuesto a la propia intervención. El estremecimiento que supone una conclusión de esta índole, sobre todo si tenemos en cuenta que en la práctica totalidad de los casos las intervenciones médico-quirúrgicas se producen en establecimientos públicos dependientes del Estado, no se elimina por el hecho de que la Doctrina aprecie en este caso simple delito de coacciones. La finalidad de curar no puede otorgar al médico una "patente de corso", permitiéndole impunemente operar en contra de la voluntad del enfermo.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

Aunque sólo sea por el valor ejemplarizante y por el necesario respeto a los valores básicos reinantes en una comunidad democrática, debe sostenerse que el consentimiento del enfermo es requisito absolutamente indispensable para poder justificar un homicidio imprudente cometido en la actividad médico-quirúrgica.

En cualquier caso, conviene recordar que el cumplimiento de la *lex artis* (conjunto de reglamentaciones que rige la actividad médico-quirúrgica) exige que dicha actividad, cuando implica peligro para el enfermo, se ejerza con el consentimiento de la víctima sin que, a mi juicio, ni siquiera el estado de necesidad justifique la intervención del médico si el paciente pudo haber emitido válidamente su consentimiento.

La ciencia médica no es infalible, por lo que precisa siempre del consentimiento del paciente que asuma las consecuencias del posible error de diagnóstico o científico. *Sin consentimiento, el riesgo de error de diagnóstico lo asume el médico, de modo que, aunque obre con finalidad de curar, "acepta" el posible resultado (dolo eventual), que sólo puede ser justificado cuando, en una situación de necesidad, el paciente o su representante legal no pueda emitir su voluntad válidamente.*

A este respecto es ilustrativa la estremecedora S. 10 marzo 1959, en que se condenó, aunque por imprudencia, a un médico que operando una hernia inguinal a un enfermo con anestesia local, <<que no le privó de sus sentidos de la vista y el oído ni de la facultad de darse cuenta de lo que acontecía a alrededor>>, <<so pretexto de haber observado una supuesta masa tumoral, a su parecer reveladora de la existencia

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

de un sarcoma de pene, llevó a cabo el cercenamiento, de raíz, del miembro viril del enfermo>>. Todo ello sin solicitar el consentimiento del enfermo, ni de sus familiares que se encontraban en la clínica, sin correr peligro inmediato la vida del enfermo, sin comunicar el hecho al enfermo ni siquiera tras la amputación, realizando un diagnóstico visual sin biopsia, pese a no haber conocido nunca caso alguno de sarcoma de pene y reconocer que es un supuesto rarísimo y, finalmente, sin conservar el miembro mutilado para confirmar el diagnóstico. Todos son hechos probados. Pues bien, con independencia de que hubiera podido apreciarse dolo directo, la ausencia de consentimiento obliga a apreciar, al menos, dolo eventual, ya que el médico aceptó la posibilidad de que el diagnóstico fuese equivocado, asumiendo él los riesgos, y aceptó también la posibilidad de que el enfermo hubiera preferido luchar contra su sarcoma con medios distintos a los de la mutilación. El hecho de que no hubiera podido probarse si el enfermo padecía o no el sarcoma carece de trascendencia porque, a mi juicio, cuando la lesión producida es irreversible o no regenerable, el <<éxito>> o el <<fracaso>> no depende de consideraciones médicas, sino de la valoración del enfermo quien, al negar el consentimiento (o al no haberlo prestado), determina el <<fracaso>> de la actividad médica.

Sin embargo, fue condenado por imprudencia a seis meses y un día de prisión, condena que no pudo alterar el Tribunal Supremo por la imposibilidad de la reformatio in peius, pese a la evidente <<irritación>> de la Sala ante un hecho que sólo hubiera podido justificarse por un peligro inminente o por el consentimiento, y lejos de ello, <<se precipitó a efectuar aquella cruel mutilación (...), para

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

desprenderse después del órgano contaminado cual si fuese un despojo inútil>>.

La falta del respeto al consentimiento del paciente constituye un atentado gravísimo contra la libertad personal y peligroso, dadas las condiciones en que se encuentra la medicina en las sociedades modernas generalmente dirigidas por el Estado. Frente al Estado no pueden de ningún modo debilitarse las garantías que el ciudadano tiene contra posibles arbitrariedades del poder.

III.- EL DERECHO A MORIR.-

Se ha invocado, para sostener la tesis de la impunidad del tratamiento médico sin respetar la voluntad del paciente, la inexistencia de un hipotético **derecho a morir**.

La verdad es que la doctrina examina el Derecho Positivo español y concluye que el conflicto entre la vida y la voluntad se soluciona en favor de la primera. En este sentido Ruiz Miguel señala que, salvo las excepciones de la impunidad del suicidio y el consumo de drogas que parecen otorgar mayor importancia a la libertad de voluntad, el ordenamiento ofrece un número muy superior de argumentos para entender que está considerando la vida por encima de la voluntad del propio titular ¹. Destaca como indicativos

¹ RUIZ MIGUEL, Autonomía 136 y 137; GOMARIZ, cit, señala textualmente que "en la actualidad puede afirmarse que nuestra vigente legislación protege el derecho a la vida incluso por encima de la propia voluntad del sujeto titular del bien jurídico", y cita Muñoz Conde como defensor también de esta tesis. También MILANS DEL BOSCH, cit., pág. 109 sostiene que "nuestra vigente legislación protege el derecho

de esta realidad la irrelevancia penal del consentimiento en las lesiones; la prohibición del auxilio al suicidio y del homicidio-suicidio; el castigo del tráfico de drogas; las obligaciones para empresarios y trabajadores sobre seguridad e higiene laboral; la inclusión en el delito de omisión del deber de socorro de supuestos en los que el periculante se opone al socorro; las excepciones de la Ley de Sanidad en su artículo 10, números 6 y 9 al derecho del paciente a rechazar el tratamiento; las limitaciones legales a la publicidad del tabaco y del alcohol; o, en fin, la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad en los automóviles.² El propio Ruiz Miguel entiende que en el Proyecto de Código Penal de 1992 se mantiene esta tónica aun cuando se haya introducido una fuerte atenuación para la eutanasia consentida frente a enfermedades terminales o insoportables.³

Sobre esta interpretación del Derecho positivo en favor de la primacía de la vida en relación con la voluntad individual, Bueno Arús expone sus dudas dada la existencia de la pena de muerte, el derecho a la guerra, la obligación de sacrificio (artículo 20.5º del Código Penal) inherente a determinadas profesiones o la legítima defensa de bienes menos transcendentales que la vida.⁴

En cualquier caso, la presente cuestión del derecho a morir

a la vida incluso por encima de la propia voluntad del sujeto".

² RUIZ MIGUEL, Autonomía, cit., pág. 136 y 137.

³ RUIZ MIGUEL, Autonomía, cit., pág. 137

⁴ BUENO ARUS, El rechazo, cit., pág. 396

o de la disponibilidad de la vida o de la licitud del suicidio (todos aspectos distintos de un mismo acontecimiento), viene resolviéndose en Doctrina y Jurisprudencia sobre la base de negar el Derecho subjetivo a morir respetando el agere licere, es decir, el derecho genérico de obrar que implica, por tanto, la libertad para asumir riesgos que afecten a la propia vida. Con la negativa del derecho subjetivo a morir o del derecho al suicidio, se está negando la facultad a exigir de otro (un particular o la Administración Pública) un determinado comportamiento que se derive de aquel derecho subjetivo. Exactamente en este sentido se manifiesta Bueno Arús⁵ quien mantiene que "no habría un derecho al suicidio sino simplemente una libertad para morir, es decir, ausencia de una potestad coactiva para impedir la muerte", invocando como razones para su postura que la autonomía de la voluntad implica que toda decisión pueda ser revocada lo que no es posible en el suicidio, porque siempre existirá la duda razonable de que la decisión de morir se haya adoptado libremente y porque quitarse la vida no afecta sólo a la persona interesada sino también al interés público.

También la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/90, de 27 de junio, mantiene tesis idéntica al reconocer que el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución no significa o no puede configurarse como "un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte", todo ello con independencia de la libertad genérica (agere licere) "en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que

⁵ BUENO ARUS, El rechazo, cit., pág. 396

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 en el que esa posibilidad se extiende incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del Derecho"⁶.

Solamente he encontrado un autor, Atienza, que reconoce el derecho a morir, con un razonamiento digno de ser transcrito porque puede ser susceptible de diversas interpretaciones. "El derecho a la vida -dice Atienza- implica que se tiene derecho a vivir o a morir y que los demás -y, en su caso, el Estado- tienen no sólo deberes negativos, sino también deberes positivos en orden a garantizarnos la vida. Ahora debo añadir que, aunque el derecho a la vida implique que se puede tomar también la opción de no vivir, de morir, ello no quiere decir que sea un derecho de libre disposición, en el sentido fuerte de esta expresión. El derecho a la vida se distingue en este aspecto del derecho a la propiedad y se asemeja al derecho de voto o al derecho de elegir una determinada religión. Uno puede disponer libremente de su propiedad y transmitir en consecuencia a otros sus derechos sobre un determinado objeto; pero no puede vender su voto o hacer un contrato renunciando en el futuro a adherirse a un determinado credo religioso aunque, naturalmente, pueda votar o no votar y adherirse a una religión o a otra"⁷.

⁶ Un análisis interesante de esta Sentencia en RUIZ MIGUEL, *Autonomía*, cit., págs. 164-165. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1990 también declara indisponible la vida

⁷ ATIENZA, cit. pág. 37. BACIGALUPO, *El consentimiento*, cit., pág. 152: no se puede "desconocer al individuo la

Que no exista un derecho a morir no altera la conclusión sobre el respeto a la voluntad ajena considerada más arriba. Porque como, con mejores palabras que yo, ha dicho Leguina en el voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/90 de 27 de junio: la inexistencia de un derecho a morir "no significa que no se tenga derecho... a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado".

IV.- TRES SUPUESTOS CONTROVERTIDOS:

A.- Testigos de Jehová.-

a) El 14 marzo 1979 el Tribunal Supremo dictaba Auto inadmitiendo querrela criminal presentada contra un juez por haber autorizado una transfusión de sangre a la que se oponía el paciente por razones derivadas de su condición de miembro de un grupo religioso denominado Testigos de Jehová. Las razones esgrimidas en este Auto se fueron

capacidad para decidir sobre su propia muerte". LUZON PEÑA, Estado de necesidad, cit., pág. 54-55 señala una interesante distinción para justificar la licitud de la alimentación forzosa de los huelguistas de hambre. Este autor sostiene que se tiene derecho a soportar el riesgo de una muerte o lesión si es "debida a causas naturales". Pero cuando es la propia conducta del sujeto la que causa la muerte ya no se puede hablar de un "derecho a matarse". Paralelamente en lo relativo al suicidio, aun reconociendo su atipicidad, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a su antijuricidad. Vid. DIEZ RIPOLLES, cit., pág. 649 nota 177.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

repitiendo en otros posteriores ⁸ y asumidas por el Tribunal Constitucional ⁹.

Se sostiene en esta ya constante jurisprudencia, que ni el juez que autoriza ni el médico que realiza la transfusión, cometen delito alguno por estar amparados en el estado de necesidad o cumplimiento de un deber. Pues bien, yo sostengo que la transfusión de sangre realizada contra la voluntad del paciente constituye un trato inhumano y degradante con relevancia penal que, salvo excepciones, no queda amparado por causa de justificación alguna.

En la medida que la transfusión de sangre 1) implica una

⁸ Incluso en casos en los que el querellante imputaba a la transfusión la muerte del paciente: Auto 22 diciembre 1983. Ambos autos fueron comentados por mí. El primero de 14 marzo 1979 ADP 1980 págs. 491 y sigs.; el segundo de 22 diciembre 1983 en CPC, 1985, págs. 127 y sigs. Ya con anterioridad el T.S. en Auto 27 septiembre 1978. Se mantiene la misma tónica en STS 27 marzo 1990: un cuñado de la paciente arrancó de su brazo el catéter inserto en la vena para la hemoterapia, provocando su muerte. Condenado en instancia por homicidio imprudente, el T.S. casó y apreció dolo.

⁹ Auto del Tribunal Constitucional n° 369/1984, 20 junio, con contradicciones sustanciales porque, con ocasión del caso de huelga de hambre en la prisión, la STC 120/1990, parece negar la licitud de la intervención médica cuando distingue la decisión de correr un riesgo de muerte que no afecta a terceros y esa misma decisión para presionar a la Administración. "Una cosa es -se dice en el FJ 7- 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, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico".

agresión física, aunque sea mínima, 2) provoca riesgos, por leves que sean, para la salud, 3) no procede de quien se encuentra en estado de necesidad, sino de un tercero y 4) se realiza contra la voluntad del agredido, no puede quedar exenta de responsabilidad criminal por aplicación del n° 7 art.8°, aunque se realice para evitar otro mal, incluso la muerte. La razón estriba en la falta de adecuación con valores elementales indispensables para la convivencia social como es la necesidad de respeto a la voluntad ajena, la necesidad de no otorgar a nadie poderes excepcionales de intervención en los intereses ajenos y la necesidad de no practicar tratos inhumanos y degradantes. De ahí que quien, contra la voluntad del paciente, realiza una transfusión de sangre para salvar su vida, comete, al menos, un atentado contra la libertad (si no una lesión o, al menos, un maltrato de obra) no amparado por la eximente de estado de necesidad ¹⁰.

b) La tesis de que tanto el juez que autoriza como el médico que ejecuta, actúan amparados por el estado de necesidad porque **el mal causado es menor que el evitado**, es una simplificación denunciada por la doctrina. Según este criterio llegaríamos a la absurda situación de justificar comportamientos como los siguientes: un particular, (o un médico, o un Juez con ayuda de la fuerza pública, que para

¹⁰ Un entendimiento similar en H. ROLDAN BARBERO, Estado de necesidad y colisión de intereses, en CPC, 1983, págs 516-517; A. JORGE BARREIRO, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico, en CPC, 1982, págs. 19-20; S. MIR PUIG, Problemas de estado de necesidad en el art. 7,8° del Código penal, en Homenaje a Pérez Vitoria,I, Barcelona, 1983, pág. 516. E. BACIGALUPO, El comportamiento, cit., pág, 161, admite incluso la lesión, tesis que considero más acertada.

el caso es lo mismo), someten a una mujer contra su voluntad a un aborto **para salvar su vida**; o con el mismo fin y sin consentimiento amputan el miembro canceroso de un paciente o le abren el pecho para instalarle una válvula en el corazón o le instilan en los ojos el colirio que evitará su ceguera o, por poner ejemplos en que el necesitado y quien sufre el mal son personas distintas, para salvar la vida de un accidentado que ingresa en el servicio de urgencias se extrae un riñón sano a quien, en el quirófano de al lado, está sometido a una operación de apendicitis, o un trozo de piel o de hueso para hacer un injerto; o se extrae sangre de un tipo muy especial a quien se niega a ello para una urgente transfusión. En todos estos casos el mal causado sería, según dicho pensamiento, menor que el evitado.

Que estos supuestos, y otros tantos que estamos acostumbrados a poner de ejemplo en las explicaciones de clase, no se pueden tolerar, parecen evidentes a cualquiera y está implícito en la regulación jurídica de esta problemática como lo prueba la exquisita y compleja regulación de la Ley de Transplantes de órganos tan respetuosa con la voluntad del donante que excluye de entrada cualquier circunstancia, como el precio, que pueda poner en entredicho la libertad de voluntad. Entonces, ¿por qué se puede agredir al Testigo de Jehová en sus convicciones religiosas, incluso físicamente para salvar su vida?. Qué duda cabe que juega aquí un papel importante el "hecho diferencial", la marginalidad religiosa, el ser distinto de la mayoría.

La jurisprudencia ha atendido al cumplimiento del requisito primero del art. 20.5º haciendo una interpretación simplista que está vedada aquí. Es preciso admitir que en el

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

juicio de valor que el Juez ha de elaborar para decidir si el mal causado es igual, mayor o menor que el evitado, ocupa un papel fundamental el criterio de la valoración ético-social. Es comúnmente admitido que el criterio decisivo para conocer si se ha cumplido o no el primer requisito reside en la ponderación de los bienes en litigio en función de la pena que la Ley prevé para los comportamientos que los lesionen y en función también de la mayor o menor proximidad del peligro que amenaza al necesitado. Sin embargo, es hoy comúnmente admitido también que es preciso además determinar si la evitación del mal mediante la lesión de intereses ajenos es un comportamiento adecuado a los valores fundamentales de la comunidad jurídica. De este modo, la justificación de la acción realizada en estado de necesidad va a depender de dos valoraciones, una referente a la ponderación de los bienes en litigio y otra al sentido ético-social de la acción en el conjunto del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva no podemos ignorar la importancia que toda la doctrina ha otorgado a la dignidad de la persona humana como "punto de referencia de todos los derechos fundamentales", cimiento de todo el edificio constitucional ¹¹, principio material de justicia y límite inmanente del Derecho positivo (Cerezo). Por último, ha de tenerse en cuenta que la valoración de los males en conflicto en un estado de necesidad no puede hacerse igual en el supuesto de estado de necesidad propio que en el llamado auxilio necesario. Cuando es el propio

¹¹ J.L. DIEZ RIPOLLES, La huelga, cit., pág. 635. Para el Tribunal Constitucional la dignidad es un "valor espiritual y moral inherente a la persona (STC 53/1985), que "ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre"... "constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable" (STC 120/1990, FJ. 4).

necesitado quien, para salvar su vida, realiza agresiones a terceros lesivas de la libertad, la integridad física e, incluso, la propia vida ajena, la valoración ha de hacerse con pautas distintas que cuando es un tercero, ajeno totalmente a la situación de necesidad, quien caprichosamente resuelve la situación de necesidad contra la propia voluntad del necesitado. El caso más extremo que consistiría en una agresión física por parte de quien no se encuentra en una situación de necesidad, contra la voluntad del necesitado, no puede operar, a efectos de exención de responsabilidad criminal, con los mismos elementos valorativos que el caso absolutamente contrario de que sea el propio necesitado quien actúa para resolver el conflicto.

En este contexto, puede sostenerse que el mal causado (violación de la libertad religiosa, de la libertad de acción, lesión física, puesta en peligro de la salud por contagio etc.) es de mayor valor que el evitado (peligro de muerte). Para esta conclusión hemos de atender, además, al hecho de que la situación de conflicto se da ante una probabilidad remota, porque no se trata de "evitar la muerte" sino de conjurar "un peligro de muerte"; al hecho de que se obra contra la voluntad del sujeto y, por último, al hecho de que se faculta a un tercero a agredir a otro para velar por los intereses de éste.

c) La jurisprudencia desde el principio arguyó también en favor de la licitud de la transfusión contra la voluntad del paciente, que de no intervenir se incurriría en responsabilidad criminal bien por auxilio omisivo al suicidio, homicidio en la modalidad de comisión por omisión u omisión

del deber de socorro¹². Esta argumentación sólo aparentemente es sostenible.

Comencemos por el **auxilio omisivo al suicidio**. La conducta consistente en no realizar la transfusión no puede ser auxilio omisivo al suicidio simplemente porque no es ya delito en el nuevo Código Penal (art. 143) que sólo castiga "actos" de inducción o cooperación necesaria y porque no hay suicida. Desde que lo definiera Torío en su conocido trabajo, la doctrina viene sosteniendo que suicidio es "la muerte querida de una persona imputable". Entiendo que el suicidio sólo se produce en el caso en que el sujeto "tiene intención de morir". Para que exista suicidio es imprescindible que el sujeto dirija su voluntad directamente a la producción de su propia muerte. Por ejemplo, no es suicida quien participa en un duelo, ni el soldado que realiza una actividad arriesgada en cumplimiento de sus deberes militares, ni el torero, ni el trapealista¹³. Al igual que en estos casos, el Testigo de Jehová no es un suicida porque no quiere su propia muerte, tratándose más bien de una persona que quiere vivir, aunque no a toda costa, ni a cualquier precio, como tampoco es suicida la mujer católica que no quiere abortar prefiriendo correr los riesgos de

¹² Esta misma argumentación se utilizó por el Ministerio Fiscal en relación con la huelga de hambre del GRAPO para justificar la alimentación forzosa. Vid. S. MILANS DEL BOSCH, pág. 104.

¹³ La STC 120/1990, de 27 de junio, contra lo que pudiera parecer a la vista del fallo, parte del principio de que en el caso presentado (huelga de hambre) no hay suicida porque "el riesgo de perderla (s.c. la vida) que han asumido 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".

muerte que le auguran los médicos o quien se niega a la amputación del miembro canceroso. Esta actitud, ni psicológica ni jurídicamente puede calificarse de suicida. ¹⁴

En cuanto a la existencia de un deber jurídico de actuar o deber de garantizar que la muerte del paciente no se produce, lo que daría lugar a responder de la **muerte en comisión por omisión**, resulta claro que tanto la Ley como la relación contractual que une al médico con el paciente, como la propia actuación del médico mediante la intervención quirúrgica (pensamiento de la injerencia) constituyen origen cierto del nacimiento de aquél deber. A la misma conclusión habríamos de llegar si atendemos a los criterios sustanciales de la teoría de las funciones referidos al deber de control de una fuente de peligro o dependencia del bien jurídico. Ahora bien igualmente claro resulta que tal deber no puede extenderse hasta el punto de obligar a poner de nuevo en peligro, aunque sea remoto, la salud del sujeto (transfusión de sangre, colocación de valvula artificial en el corazón, amputación de miembro canceroso, aborto) contra su expresa voluntad. "Contra la voluntad del paciente no hay posición de garante del médico".¹⁵

Leguina en el voto particular formulado en la STC 120/90, 27 junio, relativa a la huelga de hambre de unos presos, ha ido más allá señalando que, a su juicio, el deber de la Administración de velar por la salud y la vida de los internos "termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a percibir protección y cuidados médicos" porque nadie, que no sea uno mismo, puede decidir o imponer coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte, porque tiene "el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado".

¹⁵ BACIGALUPO, El consentimiento, cit., pág. 154.

Tampoco me parece posible la concurrencia del delito de **omisión del deber de socorro**, en el caso hipotético de inhibición del médico, porque la acción esperada y no realizada (transfusión, intervención quirúrgica) no es un socorro en sentido estricto, si entraña riesgos, aunque sean remotos, para la salud del periculante que, además, éste no quiere asumir. Incluso se ha sostenido que no hay persona "desamparada" si se trata de un sujeto responsable que actúa libremente¹⁶. Reconozco, sin embargo, lo discutible de la cuestión por cuanto se ha sostenido que hay obligación de socorrer al suicida, es decir, que no es suficiente la simple oposición de socorro para eliminar el deber de socorrer. Así, señala Rodríguez Mourullo¹⁷ que hay obligación de socorrer al profesional que ha perdido el "dominio de su arte" como el torero que quiere rematar la faena pese a haber sufrido una cogida o el boxeador incapaz de defensa a consecuencia de los golpes. Pero, cuando el sujeto se opone a una mediación salvadora que, con intención de socorro, implica, sin embargo, algún riesgo para el periculante, la voluntad contraria al socorro elimina, a mi juicio, sin duda, el deber de socorrer. Y este es el caso del Testigo de Jehová.

¹⁶ D.M. LUZON PEÑA, Estado de necesidad, págs 57-58 si bien refiriéndose al huelguista de hambre, situación equiparable a la del Testigo de Jehová a estos efectos. Considera que habría persona "desamparada" si la decisión no fuese libre y responsable o si el sujeto cambia de opinión y pide auxilio. Por su parte J.L. DIEZ RIPOLLES, págs.644-645, considera que el huelguista de hambre no es persona "desamparada" mientras no pierda la conciencia.

¹⁷ G. RODRIGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro en el Código penal, Madrid, 1966, págs. 251-252. Vid. supra nota 2.

Así pues, no está justificada la transfusión de sangre contra la voluntad del paciente aunque sea para salvar su vida. Disentimos, pues, de la posición del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Esta conclusión es válida sin matices en la relación entre particulares¹⁸. Por ejemplo, el médico vecino y amigo que visita en su propia casa al Testigo de Jehová enfermo y necesitado de una transfusión de sangre, no puede con la concurrencia violenta de otros vecinos del lugar, practicar la transfusión aunque sea para salvar la vida del enfermo.

La situación no cambia sustancialmente si el paciente ha sido internado en una institución sanitaria en la que existe una disciplina regulada por Ley. El art. 10,6 de la Ley General de Sanidad de 25 abril 1986, otorga al enfermo el derecho a la libre elección entre las opciones presentadas por el responsable médico, exigiendo consentimiento escrito para cualquier intervención, pero establece una excepción "cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento". Si esto significa que el médico puede intervenir en contra de la voluntad del enfermo con intervenciones agresivas lo considero un disparate y, por tanto, inconstitucional y atentatorio de los derechos humanos. Una primera interpretación debe admitir el derecho a

¹⁸ La libertad genérica de obrar (agere licere) reconocida en todas las constituciones, implica necesariamente la ilicitud de las coacciones contra la voluntad de otro, aunque la voluntad de éste ponga en peligro su propia vida o salud. Vid. RUIZ MIGUEL, cit., pág.165. La propia STC 120/90, 27 junio, relativa a un supuesto de huelga de hambre en prisión, lo reconoce expresamente lo que supone una contradicción con la solución dada para los Testigos de Jehová.

negarse por anticipado, es decir, antes de que se produzca el peligro.¹⁹ Pero, incluso, estando el paciente en el centro, puede negarse a toda intervención que implique riesgo previsible. Oponerse a esta voluntad, invocando peligro de lesiones irreversibles o fallecimiento, y en su virtud intervenir con actividades peligrosas (intervenciones quirúrgicas, transfusiones de sangre) debe considerarse antijurídico por atentatorio de la dignidad humana (art. 10 CE) y constituir trato degradante (art. 15 CE).²⁰

Un examen exhaustivo de la regulación legal²¹ del tratamiento sanitario ha sido hecho por Bueno Arús llegando a la conclusión de que el enfermo tiene derecho a rechazarlo, porque "sería contrario a la dignidad de la persona... la imposición obligatoria de un tratamiento médico, negando al enfermo la libertad de elegir entre el riesgo o el dolor de un tratamiento y el riesgo o el dolor de la propia enferme-

¹⁹ J.L. DIEZ RIPOLLES, La huelga, cit., pág. 622, nota 72.

²⁰ También se invocó por parte del Testigo de Jehová el derecho a la libertad religiosa. Sobre tal argumento volcó el TC (Auto 369/1984) el razonamiento de que el derecho a la libertad religiosa garantizado por la Ley Orgánica 7/1980 y el art. 16.1 de la CE, tiene como límite la salud de las personas. Lo que no tuvo en cuenta el TC es que la Ley se refiere a la salud de los demás no a la del propio sujeto. En otras palabras, la ley está pensando, por ejemplo, en quien ejercita su libertad religiosa envenenando a los demás, no en la quijotesca figura de quien corrige al "equivocado" agrediéndole so pretexto de mejorar su salud, sin respetar sus convicciones religiosas.

²¹ Anteriormente hice un análisis de la legislación vigente entonces, en mi trabajo Agresión, cit., págs. 135 y sigs., criticado por J.M. ZUGALDIÁ, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 13, 1987, pág. 284, nota 8.

dad, que ha de ser una decisión eminentemente personal"²². Todo ello con independencia de que la negativa comporta consecuencias tales como la obligación del enfermo de solicitar el alta hospitalaria, si no existen tratamientos alternativos (Ley General de Sanidad), y la pérdida de las prestaciones de invalidez, si no hay "causa razonable" para el rechazo²³.

Es imprescindible realizar una interpretación garantista²⁴ y restrictiva de las excepciones a la libre opción del tratamiento. Entiendo, con Bueno Arús, que salvo los casos de peligro para la salud de la población ²⁵ y de decisión tomada por incapaz²⁶, no puede imponerse al enfermo un tratamiento contra su voluntad porque "si, ante la vaguedad del texto legal, se entendiera que la excepción puede ser aplicada aún contra la voluntad expresa del interesado o de sus familiares o allegados, se habría dado un lamentable paso atrás en el respeto de los derechos fundamentales de la persona"²⁷.

²² F. BUENO ARUS, El rechazo, cit., pág.397.

²³ Vid. F. BUENO ARUS, El rechazo, cit., págs.400 y sigs.; M. BAJO FERNANDEZ, La agresión, cit., págs. 135 y sigs.

²⁴ Al estilo de la que hará DIEZ RIPOLLES de la legislación penitenciaria en los casos de huelga de hambre. Vid. infra.

²⁵ Vid. Ley Orgánica 3/1986, de 14 abril, de Medidas Especiales en materia de Salu pública.

²⁶ F. BUENO ARUS, El rechazo, cit., pág. 402 incluye el cacaso del suicida.

²⁷ F. BUENO ARUS, El rechazo, cit., pág. 404.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

B.- Huelga de hambre.-

a) La negativa a ingerir alimentos -y, en ocasiones, aguar- se ha convertido en un método pacífico de protesta política. En la medida en que tiene un contenido de sacrificio y autoinmolación, el espectador tiende a otorgar al huelguista parte de razón negándosela al poder político. Si a ello añadimos la repercusión que puede alcanzarse a través de la publicidad que proporcionan los medios de comunicación, se explica que la huelga de hambre sea un instrumento de lucha política muy extendido y relativamente eficaz²⁸.

La política penitenciaria, desarrollada ya desde hace algunos años, de dispersión de los presos por terrorismo (GRAPO y ETA) entre la delincuencia común, trataba de impedir formación de grupos en las prisiones y consiguiente adoctrinamiento mutuo y fortalecimiento ideológico. Con este motivo, la última protesta de los presos terroristas (fundamentalmente los del GRAPO) fué la de mantener una huelga de hambre para reivindicar el reagrupamiento en un solo centro penitenciario. La persistencia en la negativa a ingerir alimentos produjo una preocupación en el poder político que no quería ver repetidos aquí sucesos letales como los de la banda Baader-Meinhof en Alemania o los terroristas del I.R.A. en las cárceles inglesas durante el mandato de la Sra. Thatcher. El hecho de que la alimentación de los huelguistas obligaba al uso de la fuerza en condiciones muy impactantes (había que encadenarlos, inmovilizar su cabeza si se pretendía la alimentación por

²⁸ Vid. J.L. DIEZ RIPOLLES, La huelga, cit., págs. 605-606.

boca, o atarlos fuertemente a la cama si lo hacían por vía parenteral) la Administración penitenciaria solicitó autorización a los distintos Jueces de Vigilancia penitenciaria aportando informes médicos sobre los graves peligros para la salud y la vida en caso de persistir en la huelga.

Inicialmente²⁹ se optó por respetar la voluntad de decisión de los huelguistas permitiendo la alimentación forzada sólo en el caso en que éste haya perdido la conciencia y no se conozca, por tanto, su voluntad de persistir en dicha actitud. Lo cierto es, sin embargo, que todas las resoluciones de los jueces en este sentido fueron revocadas por las Audiencias correspondientes atendiendo a los recursos de Fiscalía y confirmados por el Tribunal Constitucional³⁰, con importantes discrepancias en el seno de este Tribunal expresadas a través de dos votos particulares.

Esta discrepancia en la pirámide judicial procede, sin duda, del carácter axiológico de la cuestión que se plantea y de su extremada relevancia ética que afecta a todo el entramado de principios mínimos para la convivencia social, así como la "evolución vacilante y acelerada de la deontología médica en relación con la voluntariedad de los tratamientos terapéuticos y los derechos fundamentales del

²⁹ Según S. MILANS DEL BOSCH, cit., pág. 103, la mayoría de los jueces optó por respetar la libertad de decisión del huelguista y no permitir la alimentación forzada sino hasta el momento en que el huelguista pierde la conciencia. Sin embargo, mis datos me indican que no fue postura mayoritaria.

³⁰ Las dos sentencias clave de este asunto son la 120/-1990, de 27 junio, y la 137/1990 de 19 julio, ambas del Pleno. Un examen minucioso de todas las posiciones y argumentos en pro y en contra utilizados por las resoluciones judiciales en ATIENZA, cit., passim.

enfermo"³¹.

b) Nosotros nos sumamos a la misma posición ideológica de los Jueces de Vigilancia penitenciaria, de los votos discrepantes del Tribunal constitucional sostenidos por Rodríguez-Piñero y Leguina y de parte de la doctrina científica³². La alimentación forzada de quien quiere manifestar su protesta a través de la huelga de hambre, es, a mi juicio, un comportamiento ilícito³³ con relevancia penal y constituye un trato inhumano y degradante y, en consecuencia, sería legítima la actitud defensiva.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que partimos de dos premisas que no sometemos a discusión. La una consiste en entender que la decisión del huelguista está tomada en el ejercicio de su libre voluntad, sin que el hecho de estar recluido en una prisión signifique ausencia de libertad.³⁴ Y que la huelga de hambre no constituye ningún comporta-

³¹ RODRIGUEZ-PIÑERO, en su voto discrepante a la STC 120/1990.

³² Claramente en contra de la alimentación forzosa a personas conscientes se manifiestan J.L. DIEZ RIPOLLES, BUENO ARUS, J.A. GIMBERNAT y ATIENZA que se opone incluso aún cuando haya perdido el huelguista la conciencia.. Sin embargo, se han manifestado a favor Mapelli Cafarena, Serrano Gómez, Luzón Peña y, aunque de forma ambigua, Miláns del Bosch.

³³ El parágrafo 101 de la Ley alemana de ejecución de penas (StVollzG) dispone en el mismo sentido, que la alimentación forzada o tratamiento médico sólo serán obligatorios cuando ya no se pueda partir de la base de que hay libre capacidad de decisión del interno.

³⁴ Así, J.L. DIEZ RIPOLLES, cit., págs. 624-625. En la S. THDH 24 septiembre 1992 (caso Herczegfalvy c. Austria) se trataba de un enfermo mental.

miento antijurídico ni siquiera dentro del régimen penitenciario ³⁵.

c) La STC 120/1990 realiza una distinción de enorme trascendencia, -aunque contradictoria con las decisiones anteriores relativas a los Testigos de Jehová-, entre la huelga de hambre fuera o dentro del régimen penitenciario. En efecto, en su FJ 7 advierte que "una cosa es 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, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico".

A partir de esta distinción, la STC 120/1990 reconoce que dentro del establecimiento penitenciario, se produce un **conflicto** entre "el supuesto derecho de los huelguistas al ejercicio de su derecho de libertad" y "el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia, que le

³⁵ Aunque con cierta ambigüedad sobre las huelgas de hambre cuando son colectivas (por la posibilidad de considerarlas como plante o desorden colectivo: art. 108,a) Vid., Bueno Arús, IV, 1º pág. 135), la doctrina se pronuncia negando la condición de falta disciplinaria, tanto en nuestro Derecho interno como en el comparado. Vid. J.L. DIEZ RIPOLLES, págs. 612-613; D.-M. LUZON PEÑA, Cit., pág. 50 y nota 14; C. GARCIA VALDES, Régimen penitenciario de España, 1975, pág. 197. J.A.GIMBERNAT, cit., pág. 40, apuesta por la legitimidad ética de la huelga.

impone el art. 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, 26 septiembre, General penitenciaria".

Y, efectivamente, en la cuestión planteada se produce una colisión configurada por la doctrina de diversa forma. O bien como conflicto entre los derechos del recluso y los de la Administración (así, la STC 120/1990, según acabamos de ver), o como colisión de deberes que pesan sobre la Administración³⁶ o como conflicto de intereses propio del estado de necesidad³⁷. Sin tratar de mediar en la discusión de si es posible o conveniente hablar de colisión de deberes y si ésta debería contemplarse en el n° 5° o n° 7° del art. 20, es lo cierto que todo puede reducirse a un conflicto de intereses entre el derecho a la libertad de decisión del recluso (con el correlativo deber de la Administración a respetar tal derecho) y el interés público de asistencia al preso (con el correlativo deber de asistencia del funcionario público) que deben ser ponderados en sede de estado de necesidad del n° 5 art. 20.

Se pueden enumerar los intereses en juego en este punto del siguiente modo. Partiendo siempre de la dignidad de la persona como punto de referencia del que fluyen todos los derechos y libertades fundamentales y límite de Justicia inmanente del Derecho positivo, el huelguista del supuesto

³⁶ J.L. DIEZ RIPOLLES, cit., págs 636 y sigs. prefiere hablar de una colisión de deberes de la Administración (deber de respetar la libertad de voluntad y deber de asistencia y protección de la vida y la salud) que incluiría en el n°11 art.8.

³⁷ D.-M. LUZON PEÑA, cit., págs. 58 y sigs. se opone a la figura de la "colisión de deberes" entre otras razones porque se trataría de un deber de actuar y otro de omitir lo que no reputa posible por conducir a resultados absurdos.

comentado goza de todos los derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria (art.25.2 CE). Se ha de incluir, por tanto, el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes del art.15 de la CE, a la libertad de expresión por cuanto la huelga de hambre reivindicativa es ejercicio del derecho reconocido en el art. 20 CE y a la libertad ideológica consagrado en el art.16 CE y reconocido en el art. 3 de la Ley General Penitenciaria y 5.2 del Reglamento.³⁸

En el otro platillo de la balanza se colocan los deberes de la Administración penitenciaria de "velar por la vida, integridad y salud de los internos" reconocido por el art.-3.4 de la Ley General Penitenciaria y por el 5.3 del Reglamento, así como las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa. Y el art. 123 del Reglamento, con la autorización del art. 45 de la Ley faculta a la utilización de medios coercitivos como el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los sprays de acción adecuada y las esposas³⁹.

³⁸ Así J.L. DIEZ RIPOLLES, cit., pág. 619. Podría citarse también el derecho a la vida del art. 15 CE pese a que el supuesto no parece pretender el ejercicio de tal derecho, a no ser que entendamos en él inserto el derecho a la muerte. Vid. infra.

³⁹ MAQUEDA, pág. 442, nota 70, concibe este artículo 123 del Reglamento como forma legal de tortura que viola el art. 33 el Conjunto de Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

d) Al contrario que en Derecho alemán ⁴⁰ no existe en derecho español ninguna regla específica sobre la alimentación o el tratamiento médico en el caso de huelga de hambre, por lo que es preciso interpretar las disposiciones citadas y ponderar los derechos y deberes expuestos para determinar qué actuación es lícita a los ojos de nuestro Derecho positivo.

Convenimos con Diez Ripollés que la legislación penitenciaria hay que interpretarla desde una perspectiva garantista lo que significa que la obligación de asistencia sólo tiene el sentido de obligación para la Administración y nunca debe interpretarse como deber del recluso de **soportar ser asistido**. Por lo tanto, si el sujeto se opone a la asistencia prestada por la Administración, ésta debe respetar aquélla voluntad. En este sentido, orientó su voto particular Leguina en la STC 120/1990 al señalar que "este deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos".

Por el contrario, la STC 120/1990 y todos quienes se manifiestan del mismo modo, no conciben los deberes de la Administración penitenciaria en este sentido garantista sino en uno autoritario apelando a la teoría de la relación especial de sujeción ya invocada en anteriores SSTC 74/1985 y 2/1987 y que "origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo" (FJ 6). Aparte de la cuestión ideológica que subyace detrás de la utilización

⁴⁰ Vid. nota 79 anterior

del argumento de la relación especial de sujeción despreciando la idea garantista del deber de asistencia, lo cierto es que se olvida que no están en juego derechos fundamentales de terceras personas, como muy bien recuerda Leguina en su voto particular. La inexistencia de un derecho a morir, dice Leguina, "no significa que no se tenga derecho -sea cual sea la circunstancia en la que uno se encuentre y estando en el pleno uso de las facultades mentales- a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte, ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado".

Esta misma idea hemos manejado al referirnos al caso de los Testigos de Jehová en donde hemos advertido que la ponderación de intereses en juego ha de ser distinta si la acción salvadora se aplica sobre el propio necesitado no afectando, por tanto, a intereses ajenos, que si se trata de estado de necesidad ajeno. En aquél caso hemos negado la justificación porque nadie puede estar facultado a agredir a otro para salvar su vida contra su voluntad. En el presente caso de huelga de hambre negamos también la justificación, además, por lo que tiene de degradante⁴¹.

⁴¹ J.L. DIEZ RIPOLLES,ci., pág.649 nota 173, parece reprocharme una contradicción al reconocer en una ocasión que la alimentación del huelguista es una agresión y en otro caso no. Quiero aclarar que he manifestado que la transfusión de sangre contra la voluntad del paciente es una agresión porque implica una lesión, por mínima que sea, y un peligro cierto de contagio de enfermedades (sida, hepatitis etc.). En lo relativo a la alimentación forzosa he sostenido que la alimentación de una persona inconsciente (piénsese en una sonda nasal) no ha de entenderse necesariamente como agresión.

Obsérvese al respecto que la Audiencia Provincial de Madrid, probablemente para evitar la consideración de **trato inhumano o degradante**, autoriza la alimentación y el tratamiento médico "sin que en ningún caso pueda suministrarse la alimentación por vía bucal". Y la STC 120/1990 se refiere repetidas veces exclusivamente a la alimentación por vía parenteral advirtiendo expresamente que la alimentación oral "es la única cuyo empleo podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla" (FJ 9). Ciertamente es altamente vejatorio atar de pies y manos a un sujeto y abrirle la boca con un forceps para alimentarlo como a una oca, pero no es menos humillante la alimentación por vía parenteral para quien debe ser esposado con los brazos en cruz evitando que alcance la sonda inserta en la vena con la boca o los pies⁴². Y como apunta Rodríguez-Piñero en su voto particular, la situación tiende a prolongarse indefinidamente lo que constituye, sin duda, un trato degradante. ⁴³

⁴² La Asociación contra la Tortura manifestó en 19 enero 1990 que la alimentación a dos reclusas exigió atarlas de las manos a la cama atentando contra su dignidad. En este sentido también J.A. GIMBERNAT, cit., pág.41. Sin embargo, J.M^a Mohedano miembro del Comité europeo para la prevención de la tortura del Consejo de Europa calificó de "estrategia de chantaje" la de los huelguistas "pues si se les alimenta dicen que se les tortura y si mueren dicen que lo ha provocado el Estado". El TEDH en S. 24 septiembre 1992 (caso Herczegfalvy c. Austria frente al caso de alimentación forzosa esposándole a un lecho sostuvo que, en general, no se puede considerar inhumano o degradante una medida dictada por una necesidad terapéutica. Con todo, el valor de esta decisión en este caso es relativo porque se trataba de un incapaz que no podía emitir un consentimiento válido.

⁴³ BUENO ARUS, VI, pág. 135 parece considerar "malos tratos" la alimentación forzosa fuera del caso en que no fuera posible que el interno expresara de forma indudable su

e) Concluyo en el sentido de lo sostenido por los Jueces de Vigilancia penitenciaria, por lo que considero antijurídico el comportamiento de la alimentación forzosa del huelguista consciente, por atentatorio de los derechos a las libertades de expresión e ideológica y a no ser sometidos a tratos degradantes. La conducta no estará, pues, autorizada y cumple el tipo objetivo de las coacciones (art. 172) agravado a tenor de lo dispuesto en el art. 174, en el que puede quedar embebido el delito de privaciones indebidas o rigor innecesario del art. 533 y la obstaculización del ejercicio de la libertad de expresión.

Ahora bien, el elemento subjetivo consistente en la finalidad de cumplir con los deberes de asistencia legalmente impuestos, y la fundada creencia de que éstos le incumben como funcionario dará lugar a la exención de responsabilidad criminal por incumplimiento de algún elemento de la figura delictiva.

f) Al igual que ocurre con el Testigo de Jehová no puede contraargumentarse en el sentido de que una inactividad por parte del funcionario podría acarrearle responsabilidad criminal por homicidio en comisión por omisión, omisión del deber de socorro o denegación de auxilio.

En el caso presente existen algunas peculiaridades que le hacen diverso, pero no siempre perjudican nuestra argumentación. Por ejemplo, la propia STC 120/1990 reconoce que no estamos ante **suicidas** porque "el riesgo de perder la vida

voluntad auténtica.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

que han asumido 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 reinvidincativa, pero no resultado directamente deseado".

Por su parte, Leguina en su voto particular ha explicado mejor de lo que pudiera hacer yo, cómo el deber de actuar (en los delitos de comisión por omisión) no puede subsistir contra la voluntad del enfermo porque "no son personas incapaces", "son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les propongan. Creo que un enfoque del problema desde esta última perspectiva -la del enfermo que es además recluso- en lugar de la adoptada por la Sentencia -la del recluso que es además enfermo- hubiera permitido llegar a una solución favorable a la concesión del amparo".

En cuanto a lo relativo a la omisión del deber de socorro es evidente que el huelguista no es persona desamparada hasta tanto pierda la conciencia y el control.

Por último, el art. 412,3 C.p. relativo a la denegación de auxilio, no es aquí aplicable porque el funcionario ha de estar "obligado por razón de su cargo" y el cargo no le impone el deber de obrar contra la voluntad del recluso ⁴⁴.

C.- Omisión de muerte eutanásica.-

⁴⁴ J.L. DIEZ RIPOLLES, cit., pág. 647.

Entiendo que la prolongación artificial de la vida de un enfermo terminal o que padece insoportables dolores y que solicita expresamente la muerte, constituye trato inhumano o degradante prohibido por el art. 15 de la Constitución Española. En consecuencia, no es un comportamiento debidamente autorizado por lo que, desde el punto de vista objetivo, cumple el tipo del delito de coacciones, o, en su caso, lesiones o cualquier otro delito contra la libertad incluso la tortura del art. 174 si es realizado por un funcionario público.

Sin embargo, la posibilidad de que prospere esta tesis en la situación actual de legislación y doctrina, es escasa.⁴⁵ No es que conforme a la tesis dominante este trato inhumano o degradante no tenga relevancia jurídico penal, sino que incluso no se consideraría como trato inhumano o degradante en virtud del argumento teleológico utilizado por el Tribunal Constitucional según el cual, si el autor no persigue producir padecimientos o sufrimientos sino salvar una vida, no puede hablarse de tratos de aquella índole.⁴⁶

Disiento de esta tesis dominante porque entiendo que no prolongar artificialmente la vida del enfermo equivale a un supuesto de omisión (eutanasia pasiva) que debe de considerarse impune conforme al art. 143 del Código Penal. Entien-

⁴⁵ A este respecto cabe decir lo mismo que BACIGALUPO, El consentimiento, cit., pág.152, quien advierte sobre la improbabilidad de que los Tribunales asuman la tesis de inconstitucionalidad que COBO-CARBONELL imputan al art. 409 del Código Penal.

⁴⁶ Vease supra Jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

do que la desconexión de medios artificiales que mantienen con vida al sujeto han de considerarse como supuestos de omisión⁴⁷ en cuanto que el aparato artificial que mantiene con vida es una "longa manus" del médico, quien al interrumpir el funcionamiento del mismo está realizando un comportamiento omisivo. El derecho del enfermo a la muerte natural, a no sufrir tratos inhumanos y degradantes, y el derecho a que sea respetada su voluntad, son argumentos suficientes como para entender que los supuestos de eutanasia pasiva no están incluidos en el art. 143 del Código Penal.⁴⁸

Entiendo que el castigo del auxilio omisivo al suicidio no es compatible con el respeto a la voluntad individual, la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes y las necesidades político-criminales respecto de la eutanasia. Me sumo así a una corriente doctrinal, cada vez más numerosa, partidaria de una impunidad expresa de la eutanasia pasiva e, incluso, algunos supuestos de eutanasia activa.⁴⁹

⁴⁷ Vease BAJO, Manual, I, 2ª ed., pág. 84-85

⁴⁸ BACIGALUPO, El consentimiento, cit., pág. 155 entiende que, aun cuando la interrupción se considerara acción positiva, también el comportamiento sería impune por colisión de deberes: deber de respetar la decisión del paciente y el de continuar el tratamiento, conflicto en el que debe prevalecer el primero pues es consecuencia del respeto a la dignidad humana.

⁴⁹ En ocasión anterior manifesté mi opinión contraria a la regulación de la eutanasia activa por la imposibilidad de controlar su práctica originando una inseguridad de los enfermos graves y mentales en las instalaciones hospitalarias. Sin embargo, el aumento, a consecuencia de los avances técnicos en la medicina, de supuestos delirantes de vidas que se sostienen en condiciones de indignidad y horror, y la necesidad de que en estos casos nadie tenga el "deber de vivir" me han inclinado, con el sector doctrinal más joven, a

Esta corriente de opinión se construye sobre la base de entender la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico por encima incluso de la vida o la integridad física⁵⁰, o sobre la base de que la vida, que constituye objeto de protección en los delitos de homicidio, sólo es la "vida digna"⁵¹. La idea de la dignidad como principio de justicia material de todo el ordenamiento y la prohibición del trato inhumano o degradante como principio regulativo e interpretativo, conduce a mantener el principio de que nadie tiene el deber de seguir viviendo⁵² y la admisión en primer lugar, de la eutanasia pasiva y, en segundo lugar, de ciertas formas de eutanasia activa.

Esta tesis que peligrosamente se aleja del entendimiento de la vida como realidad físico-biológica, acercándose al concepto de vida con calidad, con contenido de valor⁵³ tienen su origen en un hecho de la vida real y es el avance técnico científico de la medicina que mantiene pavorosas

cambiar de opinión, y dentro de la prudencia que el asunto requiere, admitir algunos supuestos de eutanasia activa en enfermos terminales o con dolores insoportables y a petición seria y expresa del enfermo.

⁵⁰ Vease COBO-CARBONELL en Revista de la Facultad de Granada, N° 12, pág. 77.

⁵¹ En este sentido vease E. BACIGALUPO, El consentimiento, cit., pág. 151-152; en el mismo sentido BUENO ARUS, El rechazo, cit., pág. 395 y 402

⁵² En este sentido COBO-CARBONELL, QUERALT, DEL ROSAL BLASCO, GIMBERNAT, ZUGALDIA.

⁵³ Peligrosidad denunciada a raíz de la teoría de "las vidas desprovistas de valor vital" que sirvió para exterminar colectivos por razones de raza o edad.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

situaciones, prolongando artificialmente la vida de personas en condiciones de indignidad.

En este sentido, y dado que el debate sobre la muerte eutanásica está cobrando protagonismo en la comunidad jurídica, se ha reprochado al Código Penal de 1995 que no fuese más explícito sobre la impunidad de la interrupción de los medios artificiales de vida, aunque sólo sea por la discusión doctrinal de si este comportamiento constituye acción positiva u omisión.

Pero también es reprochable al Código Penal de 1995 haberse limitado simplemente a atenuar la pena de quien cause o coopera activamente con actos a la muerte de otro cuando hay petición expresa y seria de éste y se trate de un enfermo terminal o que padezca dolores insoportables. A mi juicio⁵⁴ algunos supuestos de eutanasia activa serían aceptados en la sociedad civil porque en este sentido se mueve una extendida praxis clínica, tales como el tratamiento analgésico masivo de enfermos terminales, y algunos otros supuestos.

Recientemente, se ha divulgado la noticia en los medios de comunicación de una persona tetraplégica desde hace veintiocho años que, con solicitud expresa y seria, recaba de los Tribunales de Justicia el derecho a que se le produzca la muerte. La interpretación que se hace del derecho a morir en el ordenamiento jurídico, tal y como indicábamos al comienzo de este apartado, va a impedir una aceptación de lo solicitado por parte de los Tribunales. Sin embargo,

⁵⁴ En este sentido, también otros, por ejemplo, Jueces para la Democracia, vease dicha revista, N° 16-17, 2-3/1992.

según la tesis que hemos mantenido en este trabajo una negativa a ello podría ser un trato inhumano o degradante por omisión de muerte eutanásica.

BIBLIOGRAFÍA: M^a. J. AGRA, Sobre la huelga de hambre en prisión, en Jueces para la Democracia; C. ALVAREZ LINERA, El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura, en La Ley, VIII, n° 1763, 28 julio 1987; M. ATIENZA, La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO, en Jueces para la Democracia; A. ASUA-N.J. DE LA MATA, El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado, en La Ley, 27 julio 1990; E. BACIGALUPO, El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física, en Poder Judicial n° especial XII, págs. 147 y ss.; M. BAJO FERNANDEZ, La intervención médica contra la voluntad del paciente, en Anuario de Derecho penal, 1980, págs. 491 y sigs.; del mismo, Agresión médica y consentimiento del paciente, en CPC, 1985, págs. 127 y sigs.; M. BAJO FERNANDEZ- C. SUAREZ GONZALEZ, Huelga de hambre y respeto a la libertad, en El País, 20 enero 1990; M. BARBERO SANTOS, El conflicto entre vida y libertad, Madrid, 1984; J. BARQUIN SANZ, Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, Madrid, 1992; A. BERISTAIN, Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados, en Anuario de Derecho penal, 1986, págs. 831 y sigs.; F. BUENO ARUS, Prohibición general de malos tratos, en Comentarios a la Legislación penal, t. VI, vol. 1, Madrid, 1986, págs 133 y sigs.; del mismo, Las reglas penitenciarias europeas, en Revista de Estudios penitenciarios, n° 238, 1987, págs. 11 y sigs.; del mismo, El rechazo del tratamiento en el ámbito penitenciario, en Actualidad penal, n° 31, 1991, págs. 395 y sigs.; del mismo, El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico, en Estudios de Derecho penal y criminología, UNED, 1989, págs. 153 y sigs.; J.L. de la CUESTA ARZAMENDI, El delito de tortura, Barcelona, 1990; del mismo, Actualización del Código penal y delito de tortura, en Actualidad penal, n° 40, 1990, págs. 455 y sigs.; J.L. DIEZ RIPOLLES, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, en El País, 30 enero 1990; del mismo, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, en Cuadernos de Política Criminal, n° 39, 1986, págs. 603 y sigs.; J. A. GIMBERNAT, Consideraciones éticas en torno a la huelga de hambre en prisión, en Jueces para la Democracia; R. GOMARIZ I PARRA, Algunas consideraciones sobre las

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito peniten-
ciario, en La Ley, 14 agosto 1990; A. JORGE BARREIRO, La
relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente
en el tratamiento médico quirúrgico, en CPC, 16, 1982; D.
M.LUZON PEÑA, Estado de necesidad e intervención médica (o
funcionarial o de terceros) en casos de huelga de hambre,
intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis, en La
Ley, n° 1914, 26 febrero 1988 y en Avances de la medicina y
Derecho penal, Barcelona, 1988, págs. 59 y sigs.; también
en Revista de Estudios penitenciarios, n° 238, 1987, págs.
47 y sigs.; G. MARTINEZ DIEZ, La tortura judicial en la
legislación histórica española, en Anuario de Historia del
Derecho español, XXXII, 1982, págs. 223 y sigs.; M.L.
MAQUEDA ABREU, La tortura y otros tratos inhumanos y degrada-
dantes, en Anuario de Derecho penal, 1986 págs. 423 y
sigs.; E. MENENDEZ REXACH, La prohibición de la tortura en
el Convenio europeo de Derechos humanos y en el Derecho
interno español, en Poder Judicial, 9, 1983, págs. 148 y
sigs.; S. MILANS DEL BOSCH y JORDAN DE URRIES, Relevancia
jurídico-constitucional y penal de la huelga de hambre en
el ámbito penitenciario, en Actualidad penal, 8, 1991, págs
101 y sigs.; J. M. MORENILLA RODRIGUEZ, El Convenio europeo
para la prevención de la tortura y de penas o tratos
inhumanos o degradantes, en Boletín de información del
Ministerio de Justicia, n° 1511, 1988, págs. 5244 y sigs.;
A. PEDREIRA ANDRADE, El derecho al rechazo del tratamiento
en la doctrina y praxis españolas y comparadas, JANO, 913,
1990, págs 55 y sigs.; PRINCIPIOS de ética médica para la
protección de personas presas o detenidas contra la tortura
y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes:
Resolución de la Asamblea general de las Naciones Unidas
37/194 de 18 diciembre 1982; M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA,
Crisis y pervivencia de la tortura, en Homenaje a Antón
Oneca, Salamanca, 1982, págs. 799 y sigs; C. ROMEO CASABO-
NA, El rechazo del tratamiento vital y la eutanasia en el
Derecho comparado, JANO, 924, 1990, págs. 65 y sigs.; J.M.
SILVA SANCHEZ, La responsabilidad penal del médico por
omisión del tratamiento, JANO, 915, julio 1990, págs. 47 y
sigs.; F. SUDRE La notion de peines et traitements inhu-
mans ou dégradants dans la Jurisprudence de la Commission
et de la Cour européennes des droits de l'homme, en Revue
de Droit Internationale Public, 88, 1984, págs. 325 y
sigs.; G. TAMAYO COLABORA-F. ECHEBERRIA GABILONDO, Los
médicos y la tortura, en Homenaje a A. Beristain, San
Sebastián, 1989, págs. 401 y sigs.; F. TOMAS Y VALIENTE, La
tortura en España. Estudios históricos, Barcelona, 1973; A.
TORIO LOPEZ, La prohibición constitucional de las penas y
tratos inhumanos o degradantes, en Poder Judicial, n°4,
diciembre, 1986, págs 69 y sigs.; A. DEL TORO MARZAL, El

nuevo delito de tortura, en La Reforma del Derecho penal, Bellaterra, 1980, págs 265 y sigs.; C. VILLAN DURAN, La Convención contra la tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en el Derecho internacional, en Revista española de Derecho internacional, 1985, págs. 377 y sigs.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.