

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

**PROLONGACION ARTIFICIAL DE LA VIDA
Y TRATO INHUMANO O DEGRADANTE**

Publicado en
CUADERNOS
DE POLITICA CRIMINAL

Número 51

M A D R I D
1 9 9 3

PROLONGACION ARTIFICIAL DE LA VIDA Y TRATO INHUMANO O DEGRADANTE

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

SUMARIO: I. Objeto del presente estudio.—II. Trato inhumano o degradante: 1. El artículo 15 de la Constitución. 2. Concepto de trato inhumano y degradante.—III. Prolongación artificial de la vida y tratos inhumanos o degradantes: 1. Testigos de Jehová. 2. Huelga de hambre. 3. Omisión de muerte eutanásica.

I. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

Con la expresión «prolongación artificial de la vida» me estoy refiriendo a los casos en los que, la intervención de un tercero con medidas técnicas o científicas, impide la muerte de una persona prevista en un plazo más o menos próximo.

No reducimos el objeto de atención a los enfermos terminales, sino que tomaremos en cuenta situaciones equivalentes. Y lo son la transfusión de sangre contra la voluntad del paciente, la alimentación forzada, la agresión médica para salvar un bien mayor, la negativa al auxilio eutanásico, etc.

Entiendo necesario distinguir cuatro situaciones de «prolongación artificial de la vida», según sea la conducta *activa* u *omisiva* y según el paciente se encuentre *dentro* o *fuera* de centros de asistencia pública.

En todo caso, es decir, en las cuatro situaciones, partimos de la base de la *oposición del paciente* que no da su consentimiento a dicha «prolongación artificial de la vida». No es imaginable un comportamiento que dé lugar a una responsabilidad penal por el que se prolongue la vida de otro *con su consentimiento* (1).

Las hipótesis que trataremos de confirmar en este trabajo son:

(1) Cuando TORIO (*La prohibición*, cit. p. 79) advierte que «puede existir... un trato degradante, aunque la víctima no experimente sentimiento alguno e incluso cuando manifieste su consentimiento», se está refiriendo a los niños y a los enfermos mentales que, en puridad, no pueden otorgar **consentimiento válido**.

A) La prolongación artificial de la vida *contra la voluntad del sujeto* (2) constituye trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 15 de la Constitución española. Esto significa: 1) que puede invocarse la violación de un derecho fundamental con las consiguientes posibilidades de amparo constitucional y de acceso a los tribunales internacionales de Derechos humanos; y 2) que a la luz de la violación de dicho derecho fundamental el autor del comportamiento no podrá pretender una justificación por concurrencia de una autorización («estar legítimamente autorizado»), de un deber (colisión de deberes) o de un derecho (estado de necesidad en sentido estricto).

B) Dicho comportamiento, por lo tanto, constituye una acción antijurídica contra la que cabe la legítima defensa. Comprobaremos que esta hipótesis no es compartida en ninguno de sus puntos ni por el Tribunal Supremo (3) ni por el Tribunal Constitucional (4), que **han justificado la prolongación artificial de la vida contra la voluntad del sujeto**, pero la apoyan un sector de jueces de base (5), algunas manifestaciones del Derecho comparado (6) y un cualificado sector doctrinal (7).

C) El elemento subjetivo (finalidad de curar, no intención de dañar) elimina para la opinión mayoritaria el tipo delictivo (atentado a la libertad, lesiones, etc.) restando, a lo sumo, un delito de coacciones. Yo sostengo que cuando se obra *contra la voluntad del paciente* siempre se responde del resultado a título de dolo, porque no respetando la voluntad ajena se asume o consiente (dolo eventual) el resultado (lesión de la libertad genérica, la libertad religiosa, la libertad ideológica o, incluso, la integridad física) (8).

(2) Son muy contados los casos en que puede obrarse contra la voluntad del paciente en beneficio de su vida o salud: cuando además de este beneficio exista un interés de protección de la salud pública (vid. *infra*); y cuando se trata de un suicida (no comete coacciones quien impide un suicidio con violencia, según la doctrina. Vid. BAJO: *La intervención*, cit., p. 497 nota 10).

(3) Autos de 27 de septiembre de 1978; 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983 sobre el caso de los Testigos de Jehová.

(4) Auto 369/1984, de 20 de junio, relativo al caso de los Testigos de Jehová; Ss.T.C. 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, sobre el caso de la huelga de hambre en prisión. El único supuesto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que conocemos sobre el caso, se refiere a un enfermo mental incapaz de voluntad que se declaró en huelga de hambre en prisión: STEDH de 24 de septiembre de 1992, caso Herzegfalvy c. Austria.

(5) Jueces de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, Madrid, Zaragoza y Valladolid en el asunto de la huelga de hambre de miembros del GRAPO en 1990.

(6) Párrafo 101 de la Ley alemana de ejecución de penas. Vid. *infra*, nota 77.

(7) ATENZA, BACIGALUPO, J. A. GIMBERNAT, DIEZ RIPOLLÉS, RUIZ MIGUEL, BUENO ARÚS. Sin embargo, las opiniones cambian en cada caso concreto. Vid. *infra* y nota 74.

(8) Vid. BAJO: *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª ed., 1991, pp. 152 y ss.; en sentido similar E. BACIGALUPO: *El consentimiento*, cit., pp. 160 y 161.

Distinto sería si el autor actúa en la creencia *fundada* de obrar en cumplimiento de un deber.

II. TRATO INHUMANO O DEGRADANTE

1. EL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN

El trato inhumano o degradante se inserta en el concepto más amplio de tortura y a todos ellos se refiere el artículo 15 de la C.E. al disponer: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

Con independencia de la redacción más o menos afortunada del citado precepto de la Constitución, éste responde al espíritu de las declaraciones internacionales de los derechos del hombre y es copia casi literal del artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (9) y del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (10).

Hay dos momentos históricos claves en la lucha contra la tortura y los malos tratos que se cifran en la Ilustración, como reacción contra su práctica legítima en el antiguo régimen; y los años posteriores a la segunda guerra mundial, como reacción, a su vez, contra la barbarie de los regímenes totalitarios europeos.

El antecedente histórico más relevante se encuentra en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, proscribiendo la pena desproporcionada al exigir que las leyes no impongan más penas que las estrictas y necesarias. Sin embargo, ya con anterioridad el *Bill of Rights* inglés, de 1689, prohibió las **penas crueles o inusuales** origen de la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos, de 1791, fuente en la que han bebido los modernos tratados internacionales (11). En la actualidad el número y categoría de normas internacionales sobre la erradicación de la tortura es tan elevado que ha permitido a algún autor llamar la atención sobre la asombrosa confusión que reina en esta materia (12). La cuestión cobra para nosotros importancia en cuanto que el artículo 101.2 de la C.E. prescribe que los derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales

(9) Diez de diciembre de 1948. Artículo 5: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.»

(10) Roma, 4 de noviembre de 1950. Artículo 3: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

(11) Vid. Torto: *La prohibición*, cit., pp. 70-71.

(12) BARQUÍN, p. 27, nota 98

trato inhumano o degradante, es decir, una forma menor de tortura y, sin embargo, como veremos, la posición mayoritaria aprecia la concurrencia de una causa de justificación.

Como consecuencia inmediata de la norma constitucional se introduce en 1978 el denominado delito de tortura en el artículo 204 bis del Código Penal. Hasta entonces sólo algunos Códigos españoles hacían referencia velada a algo similar desde que el de 1822 castigara el maltrato de obra o de palabra o cualquier otra violencia por parte de un funcionario público (18), si bien desde el Código de 1848 subsiste el delito descrito en el actual artículo 187.5 que castiga con la pena de suspensión al «funcionario de prisiones que impusiere a los presos o sentenciados **privaciones indebidas o usare con ellos un rigor innecesario**» (19).

Hay que reconocer que desde la Ilustración la tortura, como ha dicho algún autor, ha pasado de ser una práctica legalmente regulada como instrumento de prueba, a ser un comportamiento repudiado unánimemente (20).

2. CONCEPTO DE TRATO INHUMANO Y DEGRADANTE

La tortura y los tratos inhumanos y degradantes han sido objeto de estudio las más de las veces desde perspectivas extrañas al Derecho, de modo que las definiciones al uso están más cerca de una contemplación sentimental, emocional o retórica del problema, que de un auténtico análisis jurídico.

Del conjunto de normas de Derecho interno e internacional que tratan la cuestión puede concluirse que los tratos inhumanos y degradantes son formas inferiores de la tortura, estando los tres comportamientos relacionados jerárquicamente de mayor a menor gravedad (21). Y la *TORTURA* es definida en la Convención de

(18) Vid. MAQUEDA: *La tortura*, cit., pp. 442 y ss.

(19) Los casos en que la jurisprudencia española ha aplicado el artículo 204 bis han tenido enorme trascendencia como fueron el Caso Almería (S.T.S. de 16 de mayo de 1983), el Caso Arregui (S.T.S. de 5 de julio de 1985, que casa la sentencia absoluta de la Audiencia Provincial de Madrid) o el Caso Herrera de La Mancha (S.T.S. también de 5 de julio de 1985, que condena por delito de torturas). Vid. también S.T.S. de 10 de mayo de 1985. Un análisis de esta jurisprudencia en MAQUEDA, cit., p. 446, nota 83.

(20) Comparto, sin embargo, aquella opinión según la cual también hoy se pueden encontrar supuestos de tortura legal, porque qué otra cosa puede ser la posibilidad de la detención policial por tres días —o diez en casos especiales—, sin control por la comunicación; incluso la propia detención judicial o la prisión provisional incompatibles con la presunción de inocencia.

(21) Vid. VILLAN: *La Convención*, cit., p. 387; BARQUIN: *Los delitos*, cit., págs. 82-83; MAQUEDA: *La tortura*, cit., pp. 433 y 470; SUBRE: *La notión*, cit., p. 841. La S.T.C. 120/1990, de 27 de junio, señala que los tres comportamientos son «nociones graduadas de una misma escala».

sobre las mismas materias ratificados por España, teniendo además en cuenta que conforme al artículo 96.1 de la C.E. los tratados formarán parte del Ordenamiento interno.

En cualquier caso, por lo que a nuestra materia se refiere, son tres los tratados internacionales claves: la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (13).

La Constitución de 1978 es el primer texto legal que en España se pronuncia contra la práctica de tales conductas. Si bien puede sostenerse que la prohibición de la pena de muerte y de la tortura del artículo 15 C.E. constituye un mandato inserto en una auténtica norma jurídica completa invocable directamente, ya que es nulo todo acto que a dicho precepto se oponga, la referencia a los tratos inhumanos o degradantes no pasa de ser un «principio regulativo puro», una «idea rectora axiológica» (14), un instrumento interpretativo que deberá tenerse en cuenta en cualquier caso en que sea preciso subsumir un hecho en una norma jurídica.

La expresión «en ningún caso» utilizada en el artículo 15 de la C.E., ha sido interpretada, con cierta ingenuidad, como prohibición absoluta de la tortura, sin que pueda recaer una causa de exclusión de la antijuricidad (15). Una interpretación de esta índole daría a entender que el asesinato o la violación no contienen una prohibición absoluta y permiten la justificación de la conducta. En realidad, todos los delitos constituyen materia igualmente prohibida y en todos caben causas de justificación. La expresión «en ningún caso» tiene el sentido, recogido en los diversos convenios internacionales, de no admitir el comportamiento tampoco en caso de guerra o excepción (16). Distinto es que sea difícil imaginar una causa de justificación (estado de necesidad, obediencia debida o cumplimiento de un deber) en los casos de tortura (17). Pero no es imposible. Por ejemplo, la alimentación forzosa del interno en huelga de hambre por parte del funcionario de prisiones se considera por algunos, y así lo sostenemos también aquí, como

(13) Además de los tres citados pueden destacarse: Convención de N.U. contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (ratificada por España el 19 de octubre de 1987); Convenio europeo para la prevención de la tortura; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las N.U.; Reglas penitenciarias europeas, etc. Vid. BARQUIN, cit., pp. 27 y ss.

(14) TORIO: *La prohibición*, cit., p. 70.

(15) Vid. BARQUIN, cit., pp. 15 y 44.

(16) Vid. MAQUEDA, p. 471.

(17) Conclusión a la que llega MAQUEDA, pp. 471 y ss., después de un detenido estudio en el que incluye el hipotético error sobre la licitud.

1984 (22) en su artículo 1.1 como «todo acto por el que se infligja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia». Señalando el artículo 16.1 con que constituyen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes aquellos que no lleguen a ser tortura. Se añade una cláusula mediante la cual se excluyen del concepto de tortura los sufrimientos propios de las sanciones legítimas.

La tortura, pues, en este texto de Derecho internacional es definido en función de un sujeto activo concreto, **el funcionario**, que produce un resultado consistente en **dolores o sufrimientos graves**, con la **finalidad** de obtener una confesión o testimonio, castigar o intimidar (23).

Pues bien, a la luz de estos dos textos normativos debe interpretarse el contenido de los tratos inhumanos y degradantes a que se refiere el artículo 15 de la Constitución, habida cuenta de que esta clase de comportamiento no es más que una forma atenuada de la tortura según interpretación de los tratados internacionales.

Ha de tenerse en cuenta: 1) que en la definición de tortura y trato o pena inhumano o degradante, están presentes intereses políticos (24); 2) que los órganos jurisdiccionales o políticos definidores de estos conceptos carecen de metodología científica, por lo que no les son aplicables las categorías dogmáticas, sino más bien

(22) Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, ratificado por España el 20 de noviembre de 1987. Esta definición de la tortura es desarrollo del concepto ya acuñado en la Declaración de 1975. Vid. VILLÁN, cit., p. 400.

(23) El artículo 204 bis del Código Penal es reflejo de la definición de tortura de la Convención de las Naciones Unidas.

(24) Las organizaciones privadas de defensa de los Derechos Humanos (por ejemplo, Amnistía Internacional) denuncian el hecho de que las instituciones definidoras de los Derechos Fundamentales tienen composición gubernamental (Naciones Unidas, Consejo de Europa) y que en los órganos de aplicación hay representantes de los distintos Gobiernos, circunstancia que hace casi imposible sobrepasar la barrera de los intereses políticos de cada Estado. Así, en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos celebrada este año de 1993 en Viena se rechazó el carácter universal de los derechos humanos, porque algunos países del tercer mundo, encabezados por China, exigieron el reconocimiento de las particularidades regionales, históricas y religiosas, lo que significa, de hecho, no poder reconocer como trato cruel o degradante, por ejemplo, la cruenta infibulación (castración femenina) de algunos países africanos o ciertas formas de esclavitud encubierta de niños y mujeres, la compraventa de mujeres, etc.

el pensamiento tópic o casuístico, ya que se dirigen exclusivamente a la solución del problema; y 3) que con la expresión trato inhumano o degradante, al contrario que la tortura, no nos referimos a figura delictiva alguna, ni exclusivamente a funcionarios públicos (25).

A) El *trato degradante* —comportamiento que se encuentra al final de la escala de gravedad (26)— constituye un ataque a la **dignidad**. La Comisión Europea de Derechos Humanos definió el *trato degradante* (27) como aquel que «humilla al individuo groseramente delante de otro o le compete a obrar contra su voluntad o su conciencia» (28). Y en lo relativo a la *pena degradante* nuestro Tribunal Constitucional la define como «la que provoca una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (29).

Así, tendrá que ser degradante la esclavitud, el proxenetismo, las penas infamantes, la reclusión perpetua (30). Y, en efecto, se consideró degradante la pena de azotes impuesta a un adolescente como medida escolar disciplinaria en la isla de Man (31), porque humilla y degrada y puede dejar huellas morales y psicológicas para toda la vida (32), sin atender al argumento de que era una pena aplicada desde hacía tiempo y encontraba general aceptación en la opinión pública. Pero los convenios hacen salvedad de las

(25) Si la tortura es en nuestro Derecho positivo (y en los tratados internacionales) un hecho delictivo reservado a los funcionarios, los tratos inhumanos y degradantes no siempre constituyen delito por más que se reconozca como derecho fundamental, ni tiene por qué quedar reservado a los funcionarios públicos, si bien se ha constatado que las violencias no institucionalizadas (castigos corporales de padres a hijos, violencias al disolver una manifestación, vejaciones en la educación, tratamiento médico, etc.) encajan difícilmente en la protección jurídica de estos derechos. Vid. el voto particular del juez Fitzmaurice en el caso *Tyrer v. Reino Unido*. Vid. BARQUIN, cit., pp. 91 y ss.; SUDRE: *La notion*, cit., p. 865.

(26) Por debajo del *trato degradante* se encuentra lo que Sudre denomina «brutalidades», moralmente condenables que no alcanzan el mínimo de gravedad requerido.

(27) Caso **Patel y otros v. Reino Unido**.

(28) La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso **Ireland v. Reino Unido** (18 de enero de 1978) define el *trato degradante* como el «que puede crear un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad, de manera que puede llegar a humillar, envilecer y quebrar eventualmente la resistencia física o moral».

(29) Ss.T.C. 150/1991, de 4 de julio; 65/1986, de 22 de mayo; 89/1987, de 3 de junio.

(30) TORIO, cit., pp. 81

(31) Sentencia del Tribunal de 25 de abril de 1978 en el caso **Tyrer v. Reino Unido**.

(32) El castigo consistió en tres azotes con vara de abedul en la parte posterior, desnuda, por haber herido a un compañero más antiguo motivado en que éste había denunciado a los compañeros por introducir cerveza en la escuela.

plinaria (39). Ni la autorización para la alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre, porque esta intervención «en sí misma no está orientada a infligir padecimientos físicos o psicológicos ni a provocar daños en la integridad» (40).

B) Por encima del trato degradante se encuentra el *trato inhumano* (o cruel), que consiste en aquel maltrato que produce sufrimientos físicos y morales de una especial intensidad (41) que no alcanzan, por su menor gravedad, el grado de tortura. Implica un ataque al principio de **humanidad** en el sentido de que predomina la crueldad, o sea, la imposición de un dolor o sufrimiento (42). Tendrían que considerarse inhumanas, por ejemplo, la pena de muerte, las penas corporales, la castración, las mutilaciones. Sin embargo, acabamos de señalar que los convenios hacen salvedad de las sanciones legítimas, que sólo podrán ser inhumanas o degradantes en su ejecución.

La importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero de 1978 en el caso **Irlanda v. Reino Unido** ha considerado que es *inhumano* (43) «un trato que causa vivos sufrimientos físicos y morales y que entraña perturbaciones psicológicas agudas». Se trataba de cinco técnicas empleadas por la policía británica en los interrogatorios de presuntos terroristas, consistentes en: 1) mantener los detenidos encapuchados durante los interrogatorios; 2) mantenerles apoyados con los dedos de las manos contra la pared y sostenidos con los dedos de los pies muy alejados éstos entre sí; 3) someterles a ruido monótono y continuo; 4) no consentirles dormir; y 5) imponerles una dieta de pan y agua cada seis horas. Se consideró trato inhumano las sevicias y heridas sufridas por un detenido en las dependencias de la policía (44). En general, la expulsión hacia un país donde se presume con motivos serios y fundados que el sujeto va a ser sometido a tratos inhu-

(39) Auto del T.C. 238/1985, de 10 de abril: «No puede decirse seriamente que la prohibición de los malos tratos ... incluye una sanción como la disciplina de pérdida de haberes ... ajena a toda inhumanidad o degradación.»

(40) S.T.C. 120/1990, de 27 de junio, FJ 9.

(41) Ss.T.C. 120/1990, de 27 de julio; 65/1986, de 22 de marzo; 89/1987, de 3 de junio.

(42) Torío, cit., p. 81

(43) El Tribunal mantuvo una opinión contraria a la de la Comisión, que en su informe de 25 de enero de 1976 apreció los hechos no como trato inhumano, sino como tortura. Vid. VILLÁN, cit., p. 389. Casos calificados de tortura por el Comité de Derechos Humanos en diversas demandas de particulares contra Uruguay en VILLÁN, cit., p. 392: amenaza a un pianista de que le cortarían los dedos con una sierra eléctrica; interrogatorios con golpes; descargas eléctricas, simulacros de ejecución; golpes y privación de comida durante tres meses; producir lesiones hasta el punto de que tuvo que secuela una pierna más corta que la otra; mantenerle cien días con los ojos vendados y las manos atadas que le produjo parálisis en un brazo y una infección ocular, etc.

(44) S.T.E.D.H. de 27 de agosto de 1992, caso **Tomasí v. Francia**.

sanciones legítimas con lo que se admite la pena de muerte y la de reclusión perpetua, por citar las más controvertidas en países de nuestra órbita cultural (33). Así, en el citado caso **Tyrer v. Reino Unido** se consideró que la pena como tal siempre es degradante, pero no viola el artículo 3 del Convenio Europeo, que sólo se considerara infringido por la modalidad de *ejecución de la pena* (34).

Por lo que se refiere al trato degradante, la Comisión consideró como tal una reglamentación que establecía medidas discriminatorias basadas en motivos raciales para impedir la entrada en el Reino Unido de asiáticos de África del Este porque se sintieron humillados y rebajados ante sí mismos (35). Sin embargo, no se entendió trato degradante obligar a llevar el uniforme penitenciario (36), porque no se hace con la intención de humillar. Tampoco se entendió como degradante el confinamiento en una isla próxima a Cerdeña (37); ni tampoco la detención de varios meses en celdas aisladas, con ventanas ciegas, iluminación artificial permanente, prohibición de todo contacto con otros detenidos, prohibición de prensa, radio y ejercicio físico y vigilancia constante por circuito interno de televisión (38), porque aquellos sufrimientos no estaban destinados a castigar, destruir su personalidad o quebrantar su resistencia, sino que perseguían sólo la seguridad. Nuestro Tribunal constitucional ha utilizado este argumento en S.T.C. 2/1987, de 21 de enero, negando trato inhumano y degradante al aislamiento en celda en los términos de los artículos 42 y 43 de la Ley General Penitenciaria. Tampoco se consideró trato degradante la pérdida de haberes de un juez como medida disci-

(33) Sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en lo relativo a la enmienda octava de la Constitución americana y las penas de muerte y reclusión perpetua, vid. Torío, cit., pp. 74 y ss.

(34) En igual sentido nuestro Tribunal Constitucional en S.T.C. 65/1986, de 22 de mayo, sobre la pena prevista legalmente para el delito de malversación de caudales públicos; y S.T.C. 150/1991, de 4 de julio, sobre la agravante de reincidencia. Los dolores y sufrimientos propios de la ejecución de la sanción 991, de 4 de julio, sobre la agravante de reincidencia. Los dolores y sufrimientos propios de la ejecución de la sanción *legítima* no se consideran trato inhumano y degradante, por ejemplo, en la Convención de 1984 y se contiene, aunque no explícitamente, en el artículo 25 de la Constitución española, negando los derechos que pudiera tener el condenado «que sean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». Vid. VILLÁN, cit., p. 398. En realidad la cuestión de las penas afecta a los propios fundamentos del *ius puniendi* y ha sido objeto de larga discusión.

(35) Caso **Patel y otros v. Reino Unido**.

(36) Caso **Thomas Mac Feeley v. Reino Unido**, de 15 de mayo de 1980; «huelga de salud» de presos del IRA que se negaban a lavarse y a llevar el uniforme; y caso **X v. Reino Unido**, de 28 de noviembre de 1982, que se negó a llevar el uniforme por razones religiosas en tanto que Sikh.

(37) Caso **Guzzardi**, de 6 de noviembre de 1980.

(38) Caso **Krocher-Moller v. Suiza**. Informe de la Comisión de 16 de diciembre de 1982.

bien jurídico disponible. Pero, no es éste el objetivo directo de nuestro trabajo. A lo sumo deberíamos de preguntarnos si la vida es disponible frente a intentos de un tercero de prolongarla artificialmente, en cuyo caso es preciso hacer la exposición casuística referida, en el seno de la cual reflexionaremos sobre la disponibilidad de la vida en tales condiciones (51).

1. TESTIGOS DE JEHOVÁ

a) El 14 de marzo de 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 repitiendo en otros posteriores (52) y asumidas por el Tribunal Constitucional (53).

Se sostiene en ésta 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 que, salvo excepciones, no queda amparado por causa de justificación alguna.*

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

(51) Vid. *infra*, p. 25.

(52) Incluso en casos en los que el querellante imputaba a la transfusión la muerte del paciente: Auto de 22 de diciembre de 1983. Ambos autos fueron comen- tados por mí. El primero, de 14 de marzo de 1979, *ADP* 1980, pp. 491 y ss.; el se- gundo, de 22 de diciembre de 1983, en *CPC*, 1985, pp. 127 y ss. Ya con anteriori- dad el T.S. en auto de 27 de septiembre de 1978. Se mantiene la misma tónica en S.T.S. de 27 de marzo de 1990: un cuñado de la paciente arrancó de su brazo el ca- téter inserto en la vena para la hemoterapia, provocando su muerte. Condenado en instancia por homicidio imprudente, el T.S. casó y apreció dolo.

(53) Auto del Tribunal Constitucional número 369/1984, de 20 de junio, con contradicciones sustanciales porque, con ocasión del caso de huelga de hambre en la prisión, la S.T.C. 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 espe- cial 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 ordena- miento jurídico».

manos o degradantes se considera asimismo como trato inhumano (45). En la sentencia de 25 de febrero de 1982 (46), *obiter dicta* se sostuvo por el Tribunal que puede constituir un trato inhumano la simple amenaza de tortura por la afectación que una persona sensible puede sufrir. Sin embargo —y es una muestra de la juris- prudencia contradictoria (47)— la pena disciplinaria de azotes (tres golpes con vara de abedul) a un escolar no se consideró trato *inhumano*, porque el sufrimiento infligido no alcanzó el nivel ade- cuado (48).

III. PROLONGACION ARTIFICIAL DE LA VIDA Y TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES

Este capítulo está dedicado a la confirmación de la hipótesis inicial (49) sobre el carácter de trato inhumano o degradante de la prolongación artificial de la vida contra la voluntad del sujeto.

La problemática que suscita esta cuestión no puede sustraerse a la exposición casuística de tres supuestos controvertidos: la negativa de los Testigos de Jehová a someterse a transfusiones de sangre, la huelga de hambre reivindicativa y la omisión eutá- násica (50).

Hubiéramos podido comenzar con una cuestión teórica clave, cual es la de si se puede renunciar a la propia vida, si la vida es un

(45) Así lo sostuvo la Comisión europea en el caso **Amekrane c. Reino Unido**, en su informe de 19 de julio de 1974, en un supuesto de extradición a Ma- rruocos de un acusado de atentar al monarca, donde fue ejecutado. Vid. también Ss.T.E.D.H. de 20 de marzo de 1991, caso **Cruz Varas y otros**; 7 de julio de 1989, caso **Soering**; 30 de octubre de 1991, caso **Vilvarajah**.

(46) Caso **Campbell y Cosan**. Se trataba del castigo corporal de golpear con una regla la mano abierta a dos alumnos en escuelas escocesas. El Tribunal no condenó porque el castigo no llegó a realizarse. La sentencia se enfrentaba con la cuestión de los *castigos corporales* en las escuelas. El castigo no se llevó a cabo por- que uno de los muchachos no acudió y fue expulsado y el otro abandonó la es- cuela. El Tribunal entendió por debajo del umbral del trato degradante y, por tanto, ajeno al artículo 3 del Convenio Europeo, la simple posibilidad de recibir el castigo.

(47) Caso **Tyrer v. Reino Unido**.

(48) Los dolores y sufrimientos propios de la ejecución de la *sanción legítima* no se consideran trato inhumano y degradante, por ejemplo, en la Convención de 1984, y se contiene, aunque no explícitamente, en el artículo 25 de la Constitución Española, negando los derechos que pudiera tener el condenado «que sean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». Vid. VILLÁN, cit., p. 398. En realidad la cuestión de las penas afecta a los propios fundamentos del *ius puniendi* y ha sido objeto de larga discu- sión.

(49) Vid. *supra* p. 2.

(50) Los tres supuestos son tratamiento médico-quirúrgico contra la voluntad del paciente. Vid. mi posición en *Manual I*, 2.ª ed., cit., pp. 151 y ss.

del agredido, no puede quedar exenta de responsabilidad criminal por aplicación del número 7 de artículo 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 existencia de estado de necesidad (54).

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 el caso es lo mismo), someten a una mujer con 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 instalan 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 un trozo de un tipo muy especial a quien se niega a ello para una urgente transfusión. En todos estos casos el mal causado es 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 Organos 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

(54) Un entendimiento similar en H. ROLDÁN BARBERO: «Estado de necesidad y colisión de intereses», en CPC, 1983, pp. 516-517; A. JORGE BARREIRO: «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», en CPC, 1982, pp. 19-20; S. Mir Puig: «Problemas de estado de necesidad en el artículo 7.8 del Código Penal», en *Homenaje a Pérez Vitoria*, I, Barcelona, 1983, p. 516. E. BAGGALUPO: *El comportamiento*, cit., p. 161, admite incluso la lesión, tesis que considero más acertada.

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 número 7 del artículo 8 haciendo una interpretación simplista que está vedada aquí. Es preciso admitir que en el 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 (55), principio material de justicia y límite inmanente del Derecho positivo (Cerezo). A ello hay que añadir que la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes no es más que una proyección de la dignidad humana y que, como principio interpretativo, ha de ponderarse también a la hora de saber cuál de los valores en conflicto es preponderante. 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 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

(55) J. L. DIEZ RIVOLLES: *La huelga*, cit., p. 635. Para el Tribunal Constitucional la dignidad es un «valor espiritual y moral inherente a la persona» (S.T.C. 53/1985), que «ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre» ... «constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable» (S.T.C. 120/1990, FJ 4).

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 sus intereses.

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 socorro (56). 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 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 a la producción de la muerte. En este sentido, no hay voluntad suicida cuando el sujeto se pone en peligro grave de muerte con diversos fines desplegando medios, aunque sean mínimos, para conservar la vida. Por ejemplo, no es suicida quien participa en un duelo, ni el Testigo de Jehová que, sin desear su muerte, sino pretendiendo permanecer vivo, se niega a la transfusión de sangre consintiendo en la utilización de cualquier otro medio de asistencia que pueda evitar el resultado letal (57). Tampoco es suicida el soldado que realiza una actividad arriesgada en cumplimiento de sus deberes militares, ni

el torero, ni el trapezista. 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 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 (58).

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 aquel 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 válvula 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» (59).

Leguina en el voto particular formulado en la S.T.C. 120/1990, de 27 de 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».

(58) Discrepo, así, de quienes consideran suicida a quien se comporta con «dolo eventual», trasladando una categoría prevista para el delito y que significaría aquí alta representación de la probable producción de la muerte y aceptación del evento. Consideran al Testigo de Jehová suicida, aunque acaben en las mismas conclusiones que nosotros por la vía de la justificación del comportamiento (página 639), J. L. Díez RIPOLLÉS: *La huelga*, cit., pp. 609-610; C. ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho penal*, 1981, p. 375. También considera que en la huelga de hambre puede contemplarse una postura suicida D. M. LUZÓN PEÑA: *Estado de necesidad*, cit., pp. 52-53, sobre la base de que el huelguista se coloca en peligro de muerte por sí mismo sin que la muerte aparezca por causas naturales o ajenas a la acción del sujeto. (Paradójicamente, en contra S.T.C. 120/1990, de 27 junio, para el caso del huelguista de hambre.)

(59) BACIGALUPO: *El consentimiento*, cit., p. 154.

(56) 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, p. 104.

(57) La S.T.C. 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».

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 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 Mourullo (61) 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 éste es el caso del Testigo de Jehová.

d) La *conclusión*, pues, a que llegamos, es la de confirmar la hipótesis inicial de no estar 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 particulares* (62). 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 artículo 10.6 de la Ley General de Sani-

(60) D. M. LUZÓN PEÑA: *Estado de necesidad*, pp. 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 RIPOLLÉS, pp. 644-645, considera que el huelguista de hambre no es persona «desamparada» mientras no pierda la conciencia.

(61) G. RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, pp. 251-252. Vid. *supra* nota 2.

(62) 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., p. 165. La propia S.T.C. 120/90, de 27 de 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.

dad de 25 de abril de 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 negarse por anticipado, es decir, antes de que se produzca el peligro (63). 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 C.E.) y constituir trato degradante (art. 15 C.E.) (64).

Un examen exhaustivo de la regulación legal (65) 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 enfermedad, que ha de ser una decisión eminentemente personal» (66). 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 rechazo (67).

(63) J. L. DIEZ RIPOLLÉS: *La huelga*, cit., p. 622, nota 72.

(64) También se invocó por parte del Testigo de Jehová el derecho a la libertad religiosa. Sobre tal argumento volcó el T.C. (auto 369/1984) el razonamiento de que el derecho a la libertad religiosa garantizado por la Ley Orgánica 7/1980 y el artículo 16.1 de la C.E., tiene como límite la salud de las personas. Lo que no tuvo en cuenta el T.C. 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 quiétesca figura de quien corrige al «equivocado» agrediendo al sujeto con el fin de mejorar su salud, sin respetar sus convicciones religiosas.

(65) Anteriormente hice un análisis de la legislación vigente entonces, en mi trabajo *Agresión*, cit., pp. 135 y ss., criticado por J. M. ZUGALDIA en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 13, 1987, p. 284, nota 8.

(66) F. BUENO ARÚS: *El rechazo*, cit., p. 397.

(67) Vid. F. BUENO ARÚS: *El rechazo*, cit., pp. 400 y ss.; M. BAJO FERNÁNDEZ: *La agresión*, cit., pp. 135 y ss.

Es imprescindible realizar una *interpretación garantista* (68) y *restrictiva* de las excepciones a la libre opción del tratamiento. Entendiendo, con Bueno Arús, que salvo los casos de peligro para la salud de la población (69) y de decisión tomada por incapaz (70), 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» (71).

2. HUELGA DE HAMBRE

a) La negativa a ingerir alimentos —y en ocasiones agua— 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 negándose 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 eficaz (72).

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) fue 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 IRA en las cárceles inglesas durante el mandato de la señora 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 boca, o atarlos fuertemente a la cama si lo hacían por vía parente-

(68) Al estilo de la que hará Díez Ripollés de la legislación penitenciaria en los casos de huelga de hambre. Vid. *infra*.

(69) Vid. Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

(70) F. BUENO ARÚS: *El rechazo*, cit., p. 402, incluye el caso del suicida.

(71) F. BUENO ARÚS: *El rechazo*, cit., p. 404.

(72) Vid. J. L. Díez Ripollés: *La huelga*, cit., pp. 605-606.

ral) 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.

Inicialmente (73) 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 Constitucional (74), 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 extrema 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 enfermo» (75).

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 Leaguina y de parte de la doctrina científica (76). La alimentación forzada de quien quiere manifestar su protesta a través de la huelga de hambre, es, a mi juicio, un comportamiento ilícito (77) 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

(73) Según S. MILANS DEL BOSCH, cit., p. 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.

(74) Las dos sentencias clave de este asunto son la 120/1990, de 27 de junio, y la 137/1990, de 19 de 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*.

(75) RODRÍGUEZ PIÑERO en su voto discrepante a la S.T.C. 120/1990.

(76) Claramente en contra de la alimentación forzada a personas conscientes se manifiestan J. L. Díez Ripollés, F. BUENO ARÚS, J.Á. GIMBERNAT y ATIENZA, que se opone incluso aun 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, MILANS DEL BOSCH.

(77) 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.

que la decisión del huelguista está tomada en el ejercicio de su libre voluntad, sin que el hecho de estar recluso en una prisión signifique ausencia de libertad de voluntad (78). Y que la huelga de hambre no constituye ningún comportamiento antijurídico ni siquiera dentro del régimen penitenciario (79).

c) La S.T.C. 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 F.J. 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 S.T.C. 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 impone el artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de 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 S.T.C. 120/1990, según acabamos de ver), o como colisión de deberes que pesan sobre la Administración (80) o como conflicto de intereses propio del estado de necesidad (81). Sin tratar

(78) Así, J. L. DIEZ RIPOLLÉS, cit., pp. 624-625. En la S.T.H.D.H. de 24 de septiembre de 1992 (**caso Herczegfalvy c. Austria**) se trataba de un enfermo mental.

(79) Aunque con cierta ambigüedad sobre las huelgas de hambre cuando son colectivas (por la posibilidad de considerarlas como plante o desorden colectivo: artículo 108.a) vid. BUENO ARTÉS, IV, 1.º, p. 135), la doctrina se pronuncia negando la condición de falta disciplinaria, tanto en nuestro Derecho interno como en el comparado. Vid. J. L. DIEZ RIPOLLÉS, pp. 612-613; D.-M. LUZÓN PEÑA, cit., p. 50 y nota 14; C. GARCÍA BALDÉS: *Régimen penitenciario de España*, 1975, p. 197. J. A. GIMBERNAT, cit., p. 40, apuesta por la legitimidad ética de la huelga.

(80) J. L. DIEZ RIPOLLÉS, cit., pp. 636 y ss., 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 número 11, artículo 8.

(81) D.-M. LUZÓN PEÑA, cit., pp. 58 y ss., 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.

de mediar en la discusión de si es posible o conveniente hablar de colisión de deberes y si ésta debería contemplarse en el número 7 o número 11 del artículo 8, 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 número 7 del artículo 8.

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 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 C.E.). Se ha de incluir, por tanto, el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes del artículo 15 de la C.E., a la libertad de expresión por cuanto la huelga de hambre reivindicativa es ejercicio del derecho reconocido en el artículo 20 C.E. y a la libertad ideológica consagrada en el artículo 16 C.E. y reconocido en el artículo 3 de la Ley General Penitenciaria y 5.2 del Reglamento (82).

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 artículo 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 artículo 123 del Reglamento, con la autorización del artículo 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 esposas (83).

d) Al contrario que en Derecho alemán (84), 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.

(82) Así J. L. DIEZ RIPOLLÉS, cit., p. 619. Podría citarse también el derecho a la vida del artículo 15 C.E., 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*.

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

(84) Vid. nota 77 anterior.

Convenimos con Díez 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 aquella voluntad. En este sentido orientó su voto particular Leguina en la S.T.C. 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 S.T.C. 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* y invocada en anteriores S.T.C. 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» (F.J. 6). Aparte de la cuestión ideológica que subyace detrás de la utilización, del argumento de la relación especial de sujeción desprestando 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 —sea cual sea la circunstancia en la que no se tenga derecho— estando en el pleno uso de las facultades 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 aquel 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 *degradante* (85).

(85) J. L. DIEZ RIPOLLÉS, cit., p. 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 le-

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 S.T.C. 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» (F.J. 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 pies (86). Y como apunta Rodríguez-Piñero en su voto particular, la situación tiende a prolongarse indefinidamente, lo que constituye, sin duda, un trato degradante (87).

El T.C. utiliza un *argumento teleológico* para negar la existencia de tortura o trato inhumano o degradante, porque la intervención médica «no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos» (88) y porque la actuación médica está «ajustada a la *lex artis*». El argumento es falaz, porque el hecho de que la intención del alimentador no sea producir padecimientos, no quiere decir que no se produzcan de hecho y, si esto es así, no puede entenderse cumplida la *lex artis*. Y con independencia de las distintas interpretaciones que se han dado a los códigos deontológicos médicos, es lo cierto que el punto 5 de la Declaración de Tokio de la

sión, 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.

(86) La Asociación contra la Tortura manifestó en 19 de enero de 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., p. 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 chantajes» 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 T.E.D.H. en S. de 24 de septiembre de 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.

(87) BUENO ARÚS, VI, p. 135, parece considerar «malos tratos» la alimentación forzosa fuera del caso en que no fuera posible que el interno expresara de forma indudable su voluntad auténtica.

(88) El Tribunal Constitucional está siguiendo con este argumento teleológico a la Comisión en los casos Mac Feeley c. Reino Unido; X c. Reino Unido y Krocher contra Suiza.

Asamblea Médica Mundial de 1975 prohíbe a los facultativos el empleo de la alimentación forzada cuando conste una decisión contraria, consciente y racional del recluso (89).

e) Concluyo en el sentido de lo sostenido por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, por lo que considero antijurídico el comportamiento de la alimentación forzada 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. 496) agravado a tenor de lo dispuesto en el artículo 204 bis, párrafo 3, en el que puede quedar embebido el delito de privaciones indebidas o rigor innecesario del artículo 187.5 y la obstaculización del ejercicio de la libertad de expresión del artículo 165 bis (90).

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 auxilio al suicidio, 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 S.T.C. 120/1990 reconoce que no estamos ante **suicidas**, porque «el riesgo de perder 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. Puede ser, por tanto, la muerte de los recurrentes consecuencia de su protesta reivindicativa, 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

(89) Por el contrario, el principio 5 de ética médica de la Resolución 37/194 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1982 prohíbe la aplicación de cualquier procedimiento coercitivo con la salvedad de que sea necesario para la protección de la salud y no represente peligro para la misma. En definitiva, no se pronuncia sobre el supuesto en que el recluso se oponga. Habrá de tenerse en cuenta aquí —aunque parece referirse a otra cuestión— el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos de 19 de diciembre de 1966, que dispone que «nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

(90) En este sentido, J. L. Díez Ripollés, cit., p. 650.

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 artículo 371.3 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 (91).

g) Se ha invocado también para sostener la tesis de la alimentación forzada (y el tratamiento médico en general) 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 (92). Destaca como indicativos de esta realidad la irrelevancia penal del consentimiento en las lesiones; la prohibición del auxilio al suicidio; la igualdad de castigo para el homicidio-suicidio que para el homicidio simple; 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 (93). 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

(91) J. L. Díez Ripollés, cit., p. 647.

(92) 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., p. 109, sostiene que «nuestra vigente legislación protege el derecho a la vida incluso por encima de la propia voluntad del sujeto».

(93) Ruiz Miguel: *Autonomía*, cit., pág. 136 y 137.

atenuación para la eutanasia consentida frente a enfermedades terminales o insoportables (94).

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 (art. 8.7 del Código Penal) inherente a determinadas profesiones o la legítima defensa de bienes menos trascendentales que la vida (95).

En cualquier caso, la presente cuestión del derecho a morir 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 Arús (96), 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 S.T.C. 120/1990, 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 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» (97).

(94) RUIZ MIGUEL: *Autonomía*, cit., p. 137

(95) BUENO ARÚS: *El rechazo*, cit., p. 396

(96) BUENO ARÚS: *El rechazo*, cit., p. 396

(97) Un análisis interesante de esta sentencia en RUIZ MIGUEL: *Autonomía*, cit., passim y pp. 164-165. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1990 también declara indisponible la vida.

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 garantizarlos 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» (98).

Que no exista un derecho a morir no altera la conclusión a la que llegamos, con mejores palabras que yo, ha dicho Leguina en el voto particular a la S.T.C. 120/1990, 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».

3. OMISIÓN DE MUERTE EUTANÁSICA

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 artículo 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

(98) ATIENZA, cit., p. 37. BACIGALUPO: *El consentimiento*, cit., p. 152: no se puede «desconocer al individuo la capacidad para decidir sobre su propia muerte». LUZÓN PEÑA: Estado de necesidad, cit., pp. 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. Díez RIPOLLÉS, cit., p. 649, nota 177.

coacciones, o, en su caso, lesiones o cualquier otro delito contra la libertad incluso la tortura del artículo 204 bis 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 (99). No es que conforme a la tesis dominante este trato inhumano o degradante no tenga relevancia jurídica 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 (100).

Distinto 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 artículo 409 del Código Penal. Entiendo que la conexión de medios artificiales que mantienen con vida al sujeto han de considerarse como supuestos de omisión (101) 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 artículo 409 del Código Penal (102).

Este entendimiento no es posible si como hace la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se interpreta el auxilio omisivo al suicidio en sentido jurídico-penalmente relevante a efectos del artículo 409 del Código Penal. Yo 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 regulación legal de la eutanasia pasiva e, incluso, algunos supuestos de eutanasia activa (103).

(99) A este respecto cabe decir lo mismo que BACIGALUPO: *El consentimiento*, cit., p. 152, quien advierte sobre la improbabilidad de que los Tribunales asuman la tesis de inconstitucionalidad que COBO-CARBONELL imputan al artículo 409 del Código Penal.

(100) Véase *supra* Jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto.

(101) Véase BAJO: *Manual*, I, 2.ª ed., pp. 84-85.

(102) BACIGALUPO: *El consentimiento*, cit., p. 155, entiende que, aun cuando la intervención 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.

(103) En ocasión anterior manifesté mi opinión contraria a la regulación de la eutanasia activa por la imposibilidad de controlar su práctica originando una inse-

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 física (104), o sobre la base de que la vida, que constituye objeto de protección en los delitos de homicidio, sólo es la «vida digna» (105). 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 viviendo (106) 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 valor (107) tienen su origen en un hecho de la vida real y es el avance técnico científico de la medicina que mantiene pavorosas situaciones, prolongando artificialmente la vida de personas en condiciones de indignidad.

En este sentido, y dado que el debate sobre la muerte eutánica está cobrando protagonismo en la comunidad jurídica, se ha reprochado al proyecto de Código Penal de 1992 que no fuese más explícito sobre la impunidad de los supuestos de eutanasia pasiva, declarando expresamente la impunidad del auxilio omisivo al suicidio y, en consecuencia, la eutanasia pasiva, incluyendo en esta calificación la interrupción de los medios artificiales de vida, aun que sólo sea por la discusión doctrinal de si este comportamiento constituye acción positiva u omisión.

Pero también es reprochable al proyecto de 1992 haberse limitado simplemente a atenuar la pena de quien causa o coopera activamente con actos a la muerte de otro cuando hay petición expresa y sería de éste y se trate de un enfermo terminal o que padezca dolores insoportables. A mi juicio (108) algunos supues-

guridad 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 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.

(104) Véase COBO-CARBONELL en *Revista de la Facultad de Granada*, núm 12, página 77.

(105) En este sentido, véase E. BACIGALUPO: *El consentimiento*, cit., páginas 151-152; en el mismo sentido, BUENO ARÚS: *El rechazo*, cit., pp. 395 y 402.

(106) En este sentido COBO-CARBONELL, QUERALT, DEL ROSAL BLASCO, GIMBERNAT, ZUGALDIA.

(107) Peligrosidad denunciada a raíz de la teoría de «las vidas desprovistas de valor vital», que sirvió para extermiar colectivos por razones de raza o edad.

(108) En este sentido, también otros, por ejemplo, Jueces para la Democracia, véase dicha revista, núms. 16-17, 2-3/1992.

tos de eutanasia activa serían aceptados en la sociedad civil por- que 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 co- municación de una persona tetrapléjica 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 interpreta- ción que se hace del ordenamiento jurídico, tal y como indicába- mos al comienzo de este apartado, va a impedir una aceptación de lo solicitado por parte de los Tribunales. Sin embargo, según la te- sis que hemos mantenido en este trabajo, una negativa a ello po- dría ser un trato inhumano o degradante por omisión de muerte eutanásica.

BIBLIOGRAFIA

- M.^a J. AGRA: «Sobre la huelga de hambre en prisión», en *Jueces para la De- mocracia*.
- C. ALVAREZ LINERA: «El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura», en *La Ley*, VIII, núm. 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 inte- gridad física», en *Poder Judicial*, núm. especial XII, pp. 147 y ss.
- M. BAJO FERNÁNDEZ: «La intervención médica contra la voluntad del pa- ciente», en *Anuario de Derecho Penal*, 1980, pp. 491 y ss.; del mis- mo, «Agresión médica y consentimiento del paciente», en *C.P.C.*, 1985, pp. 127 y ss.
- M. BAJO FERNÁNDEZ-C. SUÁREZ GONZÁLEZ: «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. BARQUÍN SANTOS: *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, Madrid, 1992.
- A. BERSTAIN: «Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial con- sideración de los torturados y aterrizados», en *Anuario de Derecho Penal*, 1986, pp. 831 y ss.
- F. BUENO ARÚS: «Prohibición general de malos tratos», en *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. 1, Madrid, 1986, pp. 133 y ss.; del mismo, «Las reglas penitenciarias europeas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm 238, 1987, pp. 11 y ss.; del mismo, «El rechazo del

tratamiento en el ámbito penitenciario», en *Actualidad Penal*, núm. 31, 1991, pp. 395 y ss.; del mismo, «El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», en *Estudios de Derecho Penal y Crimi- nología*, UNED, 1989, pp. 153 y ss.

J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI: *El delito de tortura*, Barcelona, 1990; del mismo, «Actualización del Código Penal y delito de tortura», en *Actua- lidad Penal*, núm 40, 1990, pp. 455 y ss.

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*, núm. 39, 1986, pp. 603 y ss.

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 huelgas de ham- bre y las autolesiones en el ámbito penitenciario», en *La Ley*, 14 agosto 1990.

A. JORGE BARREIRO: «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», en *C.P.C.*, 16, 1982.

D. M. LUZÓN PENA: «Estado de necesidad e intervención médica (o funcio- narial o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suici- dio y de autolesión: algunas tesis», en *La Ley*, núm. 1914, 26 febrero 1988, y en *Avances de la medicina y Derecho Penal*, Barcelona, 1988, pp. 59 y ss.; también en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 238, 1987, pp. 47 y ss.

G. MARTÍNEZ DIEZ: «La tortura judicial en la legislación histórica es- pañola», en *Anuario de Historia del Derecho español*, XXXII, 1982, pp. 223 y ss.

M. L. MAQUEDA ABREU: «La tortura y otros tratos inhumanos y degradan- tes», en *Anuario de Derecho Penal*, 1986 pp. 423 y ss.

E. MENEZDEZ REXACH: «La prohibición de la tortura en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el Derecho interno español, en *Poder Judicial*, 9, 1983, pp. 148 y ss.

S. MILAN DEL BOSCH Y JORDAN DE URRÍES: «Relevancia jurídico-constitucio- nal y penal de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario», en *Ac- tualidad Penal*, 8, 1991, pp. 101 y ss.

J. M. MORENILLA RODRÍGUEZ: «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*, núm. 1511, 1988, pp. 5244 y ss.

A. PEDREIRA ANDRADE: *El derecho al rechazo del tratamiento en la doctrina y praxis españolas y comparadas*, JANO, 913, 1990, pp. 55 y ss.

PRINCIPIOS DE ÉTICA MÉDICA para la protección de personas presas o deteni- das contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y de- gradantes: Resolución de la Asamblea general de las Naciones Unidas 37/194, de 18 de diciembre de 1982.

M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA: «Crisis y pervivencia de la tortura», en *Home- naje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 799 y ss.

C. ROMEO CASABONA: *El rechazo del tratamiento vital y la eutanasia en el Derecho comparado*, JANO, 924, 1990, pp. 65 y ss.

J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La responsabilidad penal del médico por omisión del tratamiento*, JANO, 915, julio 1990, pp. 47 y ss.

- F. SUDRE: «La notion de peines et traitements inhumains 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, pp. 325 y ss.
- G. TAMAYO COLABORA-F. ECHEBERRÍA GABILONDO: «Los médicos y la tortura», en *Homenaje a A. Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 401 y ss.
- F. TOMÁS Y VALIENTE: *La tortura en España. Estudios históricos*, Barcelona, 1973.
- A. TORIO LÓPEZ: «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», en *Poder Judicial*, núm. 4, diciembre 1986, pp. 69 y ss.
- A. DEL TORO MARZAL: «El nuevo delito de tortura», en *La Reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, pp. 265 y ss.
- C. VILLÁN DURÁN: «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, pp. 377 y ss.