

ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE Y EL TRATAMIENTO MÉDICO*

Francisco MUÑOZ CONDE

SUMARIO: I. *A modo de introducción*. II. *El consentimiento del paciente y el deber de información del médico*.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Sin duda, de todas las profesiones liberales que entran en conflicto con el derecho penal, la profesión médica ocupa el primer lugar. No podía ser de otro modo, porque de todas ellas es la que más directamente incide en los dos bienes jurídicos más importantes de los que es titular el ser humano: la vida y la salud e integridad física.

Al mismo tiempo, la profesión médica es también una de las actividades más necesarias para alcanzar buenas condiciones de bienestar y salud, que garanticen la propia supervivencia y la reproducción de la especie humana. Es más, se podría decir que junto al derecho, la medicina es la actividad humana que más necesaria y útil se ha mostrado a lo largo de los siglos, desde que hay noticias de la existencia humana hasta nuestros días. Y ello tiene

* El presente trabajo fue redactado originariamente en alemán para la tercera edición del libro de Roxin/Schroth, *Medizinstrafrecht*. Ello explica que las referencias al derecho penal alemán en el tratamiento de estos problemas sean frecuentes, e igualmente que las citas bibliográficas de algunas obras traducidas al español se refieran a la edición original en alemán. Posteriormente en versión española fue presentado como Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho Penal, llevado a cabo en Ciudad de México del 19 al 23 de junio de 2006. Esta versión, con algunas modificaciones respecto a la originaria alemana, la dedico a mi querida discípula, María del Mar Díaz Pita, quien con paciencia y resignación soportó, durante años, penosos tratamientos médicos, que no pudieron evitar su prematura muerte.

fácil explicación porque desde que existe memoria de la humanidad y de una organización siquiera mínima de la convivencia humana, hay dos grandes temas que han estado siempre presentes como anhelo y meta de todos los seres humanos: la lucha contra la injusticia y, por tanto, por un reparto equitativo de los bienes y cargas sociales, y la lucha contra la enfermedad y, por tanto, contra la muerte. Ni que decir, que de la primera se ocupa primordialmente el derecho, y de la segunda la medicina.

Normalmente, tareas tan nobles y excelsas no tienen por qué entrar en conflicto y, de hecho, normalmente viven en perfecta armonía. Pero no cabe duda de que cuando la profesión médica se ejerce incorrectamente, es el derecho, y en la medida en que sea necesario el derecho penal, quien tiene que corregir sus incorrecciones y fallos, sobre todo cuando éstos se deban a un ejercicio desviado de sus funciones, o a una actuación por debajo de los conocimientos técnicos y científicos requeridos para ejercerla.

Dicho esto, parece, pues, que la principal fuente de intervención del derecho penal en el ejercicio de la medicina, que aquí abreviadamente podemos llamar “tratamiento médico”, es la imprudencia profesional del médico, en sus distintas formas de negligencia o impericia. Es más, se puede decir que junto al tráfico automovilístico y los accidentes laborales, es ésta una de las principales fuentes de imputación de la responsabilidad penal en el ámbito de los delitos imprudentes o culposamente cometidos. Y es aquí donde, también, la dogmática jurídico-penal ha ido elaborando en los últimos años, sus principales construcciones en torno a la causalidad, la imputación objetiva, la infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado, la responsabilidad por actividades realizadas en equipo, etcétera.

Parecería, por tanto, natural y lógico que en un trabajo dedicado a este tema fuera la imprudencia médica el objeto central del mismo. Sin embargo, y aunque ello haya dado lugar ya a excelentes trabajos, el tema del consentimiento del paciente no ha sido tratado, a mi juicio, con la misma atención, o lo ha sido de una manera tangencial como un aspecto más del problema más genérico del consentimiento del lesionado —en el delito de lesiones—, sin reparar que dadas las particularidades de la relación médico-paciente, y la finalidad eminentemente curativa y, por tanto, favorecedora del paciente que, en principio, tiene la actividad médica, el consentimiento del paciente plantea especiales problemas que no pueden ser resueltos *a priori* con fórmulas genéricas elaboradas para otros ámbitos y distintas situaciones a la puramente médica. Por ello, y sin perjuicio de ocuparme en otro lugar de los temas relacionados con la imprudencia mé-

dica, sobre la que hay por lo demás algunas monografías excelentes en la reciente dogmática española, como las de Carlos Romeo Casabona, Agustín Jorge Barreiro, Carmen Gómez Rivero y Esther Hava, me voy a ocupar en este trabajo sólo de algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente. Empezaré, en primer lugar, por el consentimiento del paciente como presupuesto de la licitud de la intervención médica (*infra*), *para tratar, acto seguido, de aquellos casos en los que aun habiendo consentimiento del paciente, el legislador, bien movido por consideraciones paternalistas, morales o incluso excesivamente proteccionistas, le niega expresamente toda relevancia en orden a excluir la responsabilidad penal del médico*. Éste es el caso, principalmente, de la prohibición de la venta de órganos no vitales con finalidad de trasplante, al que dedicaremos un apartado específico. En segundo lugar, y para terminar, me ocuparé, brevemente, de otro tipo de casos que desde el punto de vista del consentimiento del paciente, plantean una problemática distinta y aun contraria al anterior. Se trata de aquellos casos en los que el Estado no tiene en cuenta, para nada, el consentimiento del paciente para autorizar o legitimar un determinado tratamiento médico, bien porque el paciente no está en condiciones de prestarlo, pero existe objetivamente una necesidad urgente de llevar a cabo una intervención médica para salvar su vida; bien porque esta necesidad objetiva y urgente de intervención se ha provocado por una actitud consciente y voluntaria del paciente que expresamente rechaza el tratamiento médico que podría salvarlo. Me refiero concretamente a las transfusiones de sangre a los testigos de Jehovah, y a la alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre.

II. EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL MÉDICO

A diferencia de lo que sucede en el derecho penal alemán,¹ la cuestión de la situación sistemática del consentimiento del paciente como causa de exclusión de la tipicidad o, en su caso, como causa de justificación, apenas desempeña un importante papel en la jurisprudencia penal española, que

¹ Véase, por ejemplo Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, 1968, pp. 50 y ss. Sobre la problemática general del consentimiento en la Teoría general del delito y su situación sistemática en la misma, véase Roxin, Claus y Strafrecht AT, Band I Grundlagen. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4a. ed., Munich, 2006, §13.

por razones evidentes se ocupa con mayor interés de los problemas relacionados con sus efectos, sus límites y presupuestos, y no de la solución de cuestiones sistemáticas de la Teoría general del delito.² Sólo la doctrina, siguiendo el modelo de la dogmática juridicopenal alemana, se ha ocupado de la situación sistemática del consentimiento en la Teoría del delito, llegando mayoritariamente a la conclusión de que se trata de una causa de justificación, ya que hay muchos casos en los que el legislador exige, además del consentimiento, determinados presupuestos para que el indicio de anti-juricidad que supone la realización del tipo de un delito de lesiones, quede desvirtuado por la presencia de una causa de justificación que exige la presencia de esos otros presupuestos, además del consentimiento propiamente dicho.³ Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el transplante de órganos no vitales de personas vivas, y en muchos otros relacionados con el tratamiento médico, en los que además del consentimiento del paciente se exigen otros presupuestos para que el médico pueda quedar exento de responsabilidad criminal.⁴

Pero, independientemente de esta ubicación sistemática del consentimiento en los delitos contra la salud y la integridad corporal, se debe aceptar, desde el principio, que una intervención médica que mejora la salud o mantiene la integridad corporal y se realiza por el médico conforme a la *lex artis*, difícilmente puede considerarse que cumpla los elementos del tipo de un delito de lesiones, que sólo puede justificarse por el consentimiento

² Véase también Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 1, pp. 541 y ss., quien relativiza las diferencias que se derivan de este planteamiento sistemático dualista, y ante la difícil practicabilidad de la teoría que distingue entre el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y el consentimiento como causa de justificación, considera a éste siempre como una causa de exclusión de la tipicidad (551/553).

³ Véase, por ejemplo, Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal, parte general*, 6a. ed., pp. 344 y ss.; Luzón Peña, *Curso de derecho penal, Parte general*, Madrid, 1996, t. I., pp. 560 y 567; Mir Puig, *Derecho penal, Parte general*, 7a. ed., (edición argentina), 2004, pp. 503 y ss.; Quintero Olivares, *Manual de derecho penal, Parte general*, 2a. ed., Barcelona, 2000, pp. 472 y ss.; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, 2003. De otra opinión, Bagacilupo Zapater, *Principios de derecho penal, Parte general*, 5a. ed., Madrid, 1998, p. 206; Cuello Contreras, *El derecho penal español, Parte general*, Madrid, 2002, pp. 725 y ss.; Zugaldía Espinar, *Derecho penal, Parte general*, 2a. ed., Valencia, 2004, p. 464, quienes consideran que el consentimiento es siempre una causa de exclusión de la tipicidad, alegando el autor últimamente citado en apoyo de su tesis los artículos 143 y 155 del Código Penal Español que otorga al consentimiento un efecto meramente atenuante en los delitos contra la vida (auxilio ejecutivo al suicidio) y en las lesiones.

⁴ Véase *infra* Excurso.

del paciente. Ello supondría una incorrecta interpretación tanto del tipo objetivo, como del subjetivo del delito de lesiones, ya que en este caso no se daría el “menoscabo de la integridad física o de la salud física o mental” que requiere el tipo objetivo, ni tampoco el dolo o, en su caso, la imprudencia que requiere el tipo subjetivo del delito de lesiones. Y si se niega la existencia de la tipicidad de un delito de lesiones cuando la intervención o tratamiento médico tiene éxito, es decir, mejora la salud, entonces la cuestión de si el paciente ha consentido o no en el mismo se plantea más bien como un problema de protección penal a su derecho a la autodeterminación o autonomía, y, por tanto, como un posible delito contra su libertad, pero nunca como un delito contra su salud, es decir, como un delito de lesiones. Esta interpretación se corresponde con lo que dispone el artículo 2o. de la Ley sobre el Derecho a la Autodeterminación del Paciente del 14 de noviembre de 2002, que exige el consentimiento del paciente en toda intervención médica. También el artículo 8,1 de esta Ley exige el consentimiento voluntario del paciente, y que previamente éste haya sido informado por el médico conforme a lo dispuesto en el artículo 4o. Esto supone, por tanto, que el tratamiento médico que tiene éxito, es decir, que mejora la salud o cura la enfermedad del paciente, pero que ha sido realizado sin su consentimiento, todo lo demás puede ser castigado como un delito contra su libertad, bien por la vía del tipo genérico del delito de coacciones, o más difícilmente por el de detenciones ilegales, pero nunca como un delito de lesiones. Es evidente que con este punto de vista puede darse alguna laguna de punibilidad, que, para evitar incurrir en analogía, sólo con la creación de un tipo penal específico de “tratamiento médico arbitrario” podría solventarse.⁵

⁵ De esta opinión también Gómez Rivero, *Derecho penal médico*, Valencia, 2003, pp. 49 y ss.; Barreiro, Jorge, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, pp. 80 y ss.; Casabona, Romeo, *El médico y el derecho penal*, Madrid, 1981, t. I., pp. 357 y ss.; Cortés Bechiarelli, “Ejercicio de las profesiones sanitarias y delitos imprudentes”, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, XVI, 2005, pp. 24 y ss. Se debe tener en cuenta que el internamiento forzoso de un enfermo mental, que es peligroso para sí mismo o para los demás, en casos graves se puede justificar por el estado de necesidad, pero para ello en el derecho español es necesario que se cumplan también ciertos requisitos como avisar inmediatamente al juez competente, que cuando lo considere necesario abrirá un procedimiento de incapacitación, para prolongar el internamiento (artículos 211 y ss. Código Civil). En el caso de tratamiento médico de menores e incapaces son, en principio, los padres y tutores del menor o del incapaz los que deben dar su autorización. En relación con ello surge el problema de los menores hijos de testigos

Pero la salud y la voluntad del paciente de curarse o de seguir sano no son opuestas, sino que se complementan recíprocamente. Esto quiere decir que el consentimiento del paciente no es sólo una cuestión de carácter sistemático sobre si hay que considerarlo una causa de exclusión del tipo o una causa de justificación del delito de lesiones, sino que debe entenderse ante todo y sobre todo, independientemente de su ubicación sistemática, como un presupuesto de la licitud, no sólo penal, sino también juridico-civil del tratamiento médico mismo. Si falta el tratamiento médico siempre, salvo los casos excepcionales que veremos más adelante, constituye un atentado contra la libertad, punible o no, y desde luego, en todo caso, un ilícito civil. Para que además constituya un delito de lesiones deberá probarse que produjo un menoscabo en la salud del paciente o de su integridad corporal, es decir, que realizó el tipo objetivo del delito de lesiones, y entonces habrá que probar además que ese tratamiento objetivamente constitutivo del tipo de un delito de lesiones, estaba médicamente justificado y se realizó o no conforme a la *lex artis*, es decir, se llevó a cabo correctamente y no de un modo imprudente o negligente (obviamente, la realización dolosa de un delito de lesiones en la praxis médica es poco frecuente, y no plantea ningún problema especial respecto a los demás delitos dolosos contra la salud o la integridad corporal o contra la vida).

En definitiva, una intervención o tratamiento médico exitoso, es decir, que mejore la salud o, se lleve a cabo o no con consentimiento del paciente, no realiza el tipo de un delito de lesiones, y sí en cambio, realiza un tratamiento incorrecto, no indicado y realizado infringiendo las reglas más elementales de la *lex artis* y el deber objetivo y subjetivo de cuidado que requiere el tipo de tratamiento en cuestión, por más que, en este caso, exista

de Jehová, cuyos padres niegan la autorización para que se le pueda realizar una transfusión sanguínea. El Tribunal Supremo Español en sentencia del 27 de junio de 1997, en un caso en el que murió el menor, condenó a los padres por homicidio doloso en comisión por omisión, pero el Tribunal Constitucional en sentencia del 18 de julio de 2002 anuló la sentencia del Supremo basándose para ello en que los padres tenía el derecho de pedirle a su hijo de trece años que se comportara de acuerdo con las reglas de su religión; el hijo además estaba de acuerdo en ello. En todo caso, el Tribunal Constitucional consideró que no quedaba probado que la transfusión de sangre hubiese salvado la vida del menor. Sobre ello véase Casabona, Romeo, “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?”, *Revista de derecho penal y criminología*, 1998, pp. 38 y ss.; Bajo Fernández, “La nueva Ley de autonomía de paciente”, *Homenaje a Bacigalupo*, Madrid, 2004, pp. 91 y ss.

consentimiento del paciente, salvo el caso bastante excepcional de autopuesta en peligro consciente por parte del paciente, o que esté de acuerdo en someterse a un tratamiento que sabe que se va a realizar incorrectamente o en contra de las reglas médicas más elementales. En estos supuestos habrá que plantearse hasta que punto el Estado tiene que cumplir una labor paternalista de protección del paciente aun en contra de su voluntad, prohibiendo, por ejemplo, el cobayismo o el aventurerismo científico, en el que se utiliza al paciente como conejo de indias, normalmente a cambio de alguna remuneración o ventaja de cualquier tipo, lo que, como veremos más adelante privaría, en todo caso, al consentimiento de validez jurídica. Lo que en todo caso hay que rechazar es que el consentimiento del paciente, formalmente expresado en un protocolo, exonere ya al médico de cualquier tipo de responsabilidad penal, incluso aunque éste actúe incorrectamente desde el punto de vista profesional.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el consentimiento del paciente no siempre va dirigido a una intervención estrictamente curativa, sino que dentro del ámbito de disponibilidad del paciente está también el de someterse, por diversas razones, a otro tipo de intervenciones médicas, sean curativas o no. Me refiero concretamente a las llamadas operaciones estéticas o cosméticas (poner silicona en los labios o en los pechos de una mujer, modificar el tamaño de sus pechos, recortar la nariz o los pabellones auriculares, la liposucción, el *lifting*, etcétera). En muchos de estos casos se podrá también hablar de finalidad terapéutica y, por tanto, si se realiza la intervención correctamente no tiene por qué haber ningún problema de carácter penal. Otra cosa es que pueda dar lugar a ello si el resultado desde el punto de vista estético es tan negativo (por ejemplo, dejar un rostro deforme o con feas cicatrices, o unos pechos asimétricos, etcétera) que realmente puede decirse que existe un perjuicio a la salud por lo menos psíquica del paciente. En principio, la finalidad terapéutica o no de la intervención no influye, pues, en la legitimidad de la misma si se realiza correctamente y el paciente consiente o incluso la solicite expresamente, pues se trata del ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad, que reconoce el artículo 10 de la Constitución.⁶

⁶ De esta opinión Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, 15a. ed., Valencia, 2004, S.129; García Álvarez, *La puesta en peligro de la vida y/o la integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999, p. 481; Gómez Rivero, *idem*, pp. 281 y ss. De acuerdo García Arán, en Córdoba Roda y García Arán, *Co-*

Distinto es el problema respecto de cuándo se puede considerar, en estos casos, que la intervención médica consentida o solicitada por el paciente es una consecuencia del ejercicio del derecho de éste al libre desarrollo de su personalidad, o algo perjudicial para el paciente mismo al que se niega, por ello, una disponibilidad absoluta sobre su propio cuerpo. En la valoración jurídica, legal, jurisprudencial y doctrinal de los casos límites se observa siempre cierta tendencia a la “moralización”, y de un modo consciente o inconsciente, expresa o tácitamente, como en tantas otras decisiones jurídicas, sobre todo en las que atañen a cuestiones relacionadas con el sexo y el ejercicio de la sexualidad de las personas, se recurre a criterios como la “moral” o las “buenas costumbres”, para limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por lo que respecta al delito de lesiones, la utilización del artículo 10 de la Constitución para resolver estos casos me parece problemática y, en todo caso, hay que tener en cuenta que aquí no se trata de resolver un problema moral, sino de proteger adecuadamente la salud y la integridad corporal de las personas. Desde luego, en la valoración jurídica de algunas intervenciones médicas en los límites entre la moral, la ética profesional y el negocio, tampoco se pueden excluir valoraciones que están condicionadas cultural e históricamente, y que por eso mismo son muy relativas. Si recordamos ahora algunos de los casos que más se discutieron en su época, desde este punto de vista, no podemos por menos que esbozar una sonrisa y mostrar nuestra sorpresa, porque lo que hoy nos parece normal, o incluso médicamente recomendable, como, por ejemplo, la esterilización de una persona adulta que, por las razones que sean, no desea tener más hijos, haya suscitado hace poco más de treinta o cuarenta años una gran discusión doctrinal, y decisiones legales y jurisprudenciales contrarias a las mismas, e incluso claramente punitivas. Así ocurrió, por ejemplo, en Alemania con las primeras decisiones judiciales sobre la esterilización voluntaria, que con apoyo en el parágrafo 226a del Código Penal Alemán, que, por cierto, fue introducido en la época nazi, consideraban que el consentimiento de quien quería esterilizarse no eximía de responsabilidad criminal al médico que realizara la intervención, por estimarse, conforme a

mentarios al Código Penal, Madrid, 2005, t. I, p. 129. También Berdugo Gómez de la Torre, *Delito de lesiones*, Salamanca, 1982, pp. 20 y ss., quien introdujo en la dogmática jurídico-penal española este argumento de carácter jurídico constitucional para la determinación del bien jurídico protegido en el delito de lesiones.

dicho precepto, que eran “contrarias a la moral”.⁷ Los mismos problemas se plantearon en el derecho penal español, en el que una reforma de 1963, en plena dictadura franquista, no sólo castigaba con las mismas penas que el homicidio doloso (artículo 418), la esterilización y la castración, sino que además se negaba cualquier tipo de relevancia eximente o atenuante al consentimiento del “lesionado” (artículo 428),⁸ con lo que teóricamente una esterilización de, por ejemplo, una mujer adulta (o la de un hombre adulto) que no quisiera tener hijos o más hijos podría castigarse con penas de hasta veinte años de prisión (de doce a veinte años: la entonces llamada reclusión menor). Ello obligó al legislador, ya en la etapa democrática, y cuando la esterilización voluntaria de personas adultas empezaba a ser una práctica corriente, a introducir en 1983 un segundo apartado en el mismo artículo 428, cuyo primer apartado seguía diciendo que el “consentimiento del lesionado no eximía de pena en el delito de lesiones”, pero se admitía una excepción

...en los supuestos de transplante de órganos efectuados con arreglo en lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativos, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.⁹

Esta regulación junto con un tercer apartado que se añadió en 1989 al mismo artículo para permitir la esterilización de los incapaces disminuidos psíquicos, que el Tribunal Constitucional declaró por escasa mayoría conforme con la Constitución,¹⁰ se ha trasplantado prácticamente en los mis-

⁷ Véase BGH.20, 81; al respecto Engisch, “Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung”, *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, pp. 399 y ss.

⁸ Véase Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, 2a. ed., Sevilla, 1976, p. 75. Hoy, en cambio, se condena a los médicos a la reparación civil del daño cuando una mujer que ha sido esterilizada vuelve a quedar embarazada. Un buen ejemplo de cómo los tiempos cambian y, con ello, también el concepto de “buenas costumbres”.

⁹ Véase Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, 5a. ed., Sevilla, 1983, pp. 79 y ss.

¹⁰ Véase sentencia del Tribunal Constitucional Español del 14 de julio de 1994, y el comentario a la misma de Muñoz Conde, Francisco, “Sterilisation of the mentally handicapped”, *Law and the Human Genome Review*, núm. 2, 1995. Actualmente el artículo 156,

mos términos al artículo 156 del Código Penal de 1995. Pero ahora el artículo 155 concede al consentimiento del lesionado sólo el efecto de atenuar la pena del respectivo delito de lesiones en uno o dos grados. Así pues, con una interpretación literal de lo que disponen los artículos 155 y 156 se puede llegar a la absurda conclusión de que el consentimiento sólo puede justificar el transplante de órganos, las esterilizaciones y la cirugía de cambio de sexo, mientras que el resto de las intervenciones médicas consentidas seguirían siendo punibles si bien con una pena atenuada. Para evitar esta absurda conclusión, hay que volver a repetir que no sólo las operaciones mencionadas expresamente en el artículo 156, sino también cualquier otra, tenga o no una finalidad terapéutica, quedan también cubiertas en su legitimidad por el consentimiento del paciente, tanto si se lo considera como una causa de exclusión de la tipicidad, como si se trata de una causa de justificación. Lo único que hay que exigir, en todos los casos, es, además del consentimiento, que la intervención se realice conforme a la *lex artis*.¹¹ En mi opinión, la atenuación que prevé el artículo 155 debe aplicarse únicamente en los casos en los que la lesión como tal se realiza dolosamente (por ejemplo, en un duelo), y siempre que el consentimiento del lesionado no sea el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Naturalmente, no se puede decidir *a priori*, ni de una manera abstracta desvinculada del caso concreto, cuando ello es así o no, pero algunos indicios para valorar la situación, en el caso concreto, se ofrecen ya en el propio artículo 156, el cual niega eficacia al consentimiento en los casos de transplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, cuando “se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa”. Precisamente por ello, y para ver hasta qué punto la eficacia excluyente de responsabilidad penal del consentimiento del paciente puede verse limitada por determinadas consideraciones que están más allá del consentimiento mis-

segundo apartado, queda redactado así: “sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”. En realidad, no se trata aquí de un problema de consentimiento, ya que el incapaz por definición no puede consentir con eficacia jurídica, sino de un caso especial de lo que Winfried Hassemer llama “justificación por el procedimiento”. Véase Hassemer y Larrauri, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Madrid, 1997.

¹¹ Véase Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 6, p. 130.

mo, me voy a ocupar en el siguiente excursus de los límites establecidos legalmente al transplante de órganos no vitales de una persona viva a otra, ya que aquí se puede ver claramente como el legislador, para evitar lo que ha dado en llamarse “tráfico de órganos”, recurre al derecho penal para imponer una política paternalista de protección del paciente (o, en este caso, al donante de órganos), incluso más allá de su propia voluntad claramente expresada y, en principio, no viciada.¹²

1. *EXCURSO: el problema del tráfico de órganos no vitales de donantes vivos con finalidad de transplantarse a otras personas*

A. *Presupuestos*

El artículo 9o. del Real Decreto del 4 de enero de 2000 regula los presupuestos para la extracción de órganos de personas vivas con finalidad de transplante. El donante debe ser mayor de edad y estar sano física y mentalmente. La extracción debe ser compatible con la supervivencia del donante, y no debe producir una perturbación relevante de la funcionalidad de su organismo. Su situación vital y su estado de salud no deben ponerse en peligro más allá del que representa el propio riesgo de la operación de extracción. Además, el donante debe ser informado con detalle de las consecuencias de su decisión; su consentimiento debe ser voluntario, expreso y no motivado por algún tipo de recompensa, y registrado ante el juez competente del Registro Civil por el propio donante, por el médico que haya explorado su salud corporal y psíquica, y por el médico que deba realizar la operación extractora. En todo momento el donante puede desistir de su propósito.

Se prohíbe expresamente el consentimiento de disminuidos psíquicos y de menores, o, en su caso, el de sus padres, tutores o guardadores legales. Por tanto, el transplante entre mellizos o gemelos, médicamente los más indicados, queda prohibido en la medida en que el donante sea menor o disminuido psíquico.

¹² Sobre el problema en general del transplante de órganos en el derecho español, véase Muñoz Conde, Francisco, *Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation in Spanien, en Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser*, 2005, pp.1123 y ss. Originariamente presentado como ponencia en el Congreso sobre “Protección penal de la vida humana” celebrado en Seul (Corea) en septiembre del 2001, y publicado allí junto con las demás ponencias del Congreso, en alemán y coreano.

Pero a diferencia de lo que sucede con la ley alemana, que exige para el transplante de órganos de una persona viva a otra, que “el transplante sea entre parientes en primer y segundo grado, cónyuges, prometidos o personas ligadas por una reconocida vinculación personal especial con el donante” (§ 8, 1. 2). En cambio, la ley española no exige ninguna vinculación especial entre el donante y el receptor; por tanto, en el derecho español no se da el problema que ha provocado una viva polémica en Alemania, del llamado transplante *cross-over*, es decir, el transplante entre parejas que previamente no tienen ninguna relación.

Schreiber¹³ expone el problema del siguiente modo:

Se trata de casos en los que el marido quiere donar uno de sus riñones a su esposa, pero tiene con ella una incompatibilidad sanguínea. En esta situación encuentra otro matrimonio que tiene el mismo problema, pero que no tiene esa incompatibilidad sanguínea que él tiene con su mujer y que por tanto puede donar un riñón que ella necesita, a cambio de que él haga lo mismo respecto a la otra mujer. La cuestión que se plantea aquí es si, en situaciones de este tipo, se da aquí la especial vinculación personal entre donante y receptor [que exige la ley alemana].

El citado autor mantiene la opinión de que la situación de necesidad en la que se encuentran ambas parejas fundamenta la especial vinculación personal que exige la ley alemana, y que, por tanto, este tipo de transplante sería legalmente admisible.¹⁴ En cambio, Schroth sostiene que este tipo de transplante *cross-over* caracteriza una especial relación espiritual, pero no la personal que exige la Ley.¹⁵ Y lo explica más expresamente en un trabajo realizado con otro autor:¹⁶ “la circunstancia de que unas personas compartan determinadas situaciones de sufrimiento y vitales, como es el caso en el llamado transplante cruzado, no fundamenta todavía la existencia de una estrecha relación personal”.

La solución de este problema, en el derecho alemán, no deja, pues, de ser problemática, sobre todo si se piensa que el §19 II de la ley alemana

¹³ Recht und Ethik der Lebend-Organtransplantation, en Kirste (ed.), Nieren-Lebenspende, 2000.

¹⁴ Schreiber, lug. *op. cit.*

¹⁵ Véase Schroth, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes, en JZ1997, pp. 1149 y ss.

¹⁶ Gutmann y Schroth, *Recht, Ethik und die Lebendspende von Organen- der gegenwärtige Problemstand*, in *Transplantationsmedizin*, 2000, 12. Jahrg., p. 176.

amenaza con pena la infracción de esta prohibición legal. Para evitar el incumplimiento de este precepto penal, Schroth propone una “reducción teológica” de la prohibición contenida en el §8, 1, 2, entendiendo que también en estos casos

...existe la especial vinculación personal entre el donante y el receptor del órgano que exige la ley, cuando se dan entre ellos sentimientos de afectividad y la relación tiene origen en sus respectivas biografías, lo que puede entenderse como el presupuesto interno de este concepto. Y por lo que se refiere al presupuesto externo, el conocimiento público de la misma, basta con que sea patente para el médico.¹⁷

Dado que la regulación jurídica española es diferente a la alemana, los casos de trasplante cruzado que se acaban de exponer no plantean ningún problema, por lo que no es preciso detenerse más en ellos. Pero de la discusión alemana podemos obtener algunas consecuencias para resolver otros problemas que se plantean en los trasplantes de órganos que aquí se tratan. Si se pregunta por la razón o el trasfondo ideológico de por qué la legislación alemana exige que se dé esa vinculación personal especial entre el donante y el receptor, la respuesta probable es que cuando no existe esa vinculación cabe sospechar que la donación encubre una operación económica, es decir, que el donante dona su órgano a cambio de una contraprestación de carácter económico, lo que compromete gravemente su “voluntariedad”. Sin embargo, esta sospecha no siempre es consistente, ya que, como dice Schroth,¹⁸ también

...una donación por parte de un extraño puede ser voluntaria e incluso altruista, mientras que la que se da en el ámbito familiar que exige la ley puede deberse a presiones de todo tipo y, por tanto, no ser voluntaria. La cuestión, por tanto, de si la donación es o no voluntaria, no tiene nada

¹⁷ Véase también Schroth, Roxin y Schroth, *Medizinstrafrecht*, 2a. ed., pp. 257 y ss., quien, por varias razones, critica la constitucionalidad de este precepto. El Tribunal Constitucional Alemán Federal en su decisión del 11 de agosto de 1999 (publicada en NJW 1999, 3399) declaró, sin embargo, que estos preceptos eran conformes con la Constitución. Sobre esta problemática, véase también Koch, “Aktuelle Rechtsfragen der Lebend-Organspende”, en Kirste, *op. cit.*, nota 13, pp. 54 y ss; König, *Strafbarer Organhandel*, 1997; *id.*, “Das strafbewehrte Verbot des Organhandels”, en Roxin y Schroth, pp. 265 y ss.

¹⁸ JZ 1997, S. 1153.

que ver con que el donante pertenezca o no a un determinado círculo de personas.

Pero también puede ocurrir lo contrario, es decir, que el donante, tanto si es un familiar, como si es un extraño, realice la donación a cambio de dinero. Así, por ejemplo, en el ámbito familiar es probable que uno de los hijos reciba alguna mejora en la herencia, o una donación que no se da a los otros como un valioso objeto de arte o una determinada vivienda, a cambio de ceder uno de sus riñones a uno de sus progenitores. Y esto es lo que realmente tratan de evitar todas las legislaciones de transplantes, independientemente de que existan o no determinadas relaciones o vínculos parentales o sentimentales entre el donante y el receptor. En mi opinión, el problema no consiste, por tanto, en que exista o no esa vinculación, ya que de todos modos, como demuestra la polémica doctrinal habida en Alemania, en casos extremos siempre será fácil aducir una vinculación al menos espiritual o de afectividad análoga a las señaladas por la ley, que ni siquiera exigen otras legislaciones, como la española. De lo que se trata, tanto en uno como en otro modelo legislativo, es de excluir cualquier tipo de interés económico y de garantizar, en consecuencia, la libre voluntariedad del donante del órgano, prohibiendo, e incluso castigando, ya veremos en qué condiciones, la venta, tráfico o comercialización de órganos. De ello nos vamos a ocupar a continuación.

B. El problema del tráfico de órganos. La prohibición de su comercialización

Siguiendo la opinión dominante entre los médicos especialistas en transplantes de la Organización Mundial de la Salud y del Consejo de Europa, la regulación española también prohíbe que el donante o un tercero puedan recibir dinero a cambio de la donación del órgano ,y que el receptor pague por ello (véase artículo 8o. del Real Decreto del 4 de enero de 2000). Con ello queda prohibido el tráfico de órganos. Pero a diferencia de lo que sucede en la ley alemana de transplantes (§18), la regulación española no contiene ningún tipo penal específico que amenace con pena la infracción de esta prohibición. Esto no significa que el tráfico de órganos no sea punible, además de ilegal, en el derecho penal español, sino que la punibilidad de esta conducta se tiene que fundamentar en los principios generales que, como ya hemos visto, determinan las consecuencias penales aplicables cuan-

do el consentimiento del lesionado —en el delito de lesiones— (en este caso, el del donante de un órgano no vital) no sea válido o no esté permitido jurídicamente. En ese caso, como ya hemos indicado, puede plantearse la posibilidad de un delito de lesiones en la medida en que, aunque el donante haya consentido en la donación, ésta sea una de las prohibidas por la ley porque, por ejemplo, el consentimiento se haya prestado a cambio de una contraprestación económica. Esto sucede en el derecho penal español, no sólo porque los artículos 8o. y 9,2 del Real Decreto que regula los trasplantes de órganos, prohíben la entrega de dinero o de cualquier otro tipo de contraprestación económica, social o psíquica al donante a cambio de su donación, sino también porque ya el artículo 155 del Código Penal priva de validez al consentimiento que se presta por motivación económica, lo que supone que, de acuerdo con este último precepto, quien realiza el trasplante y las terceras personas que colaboran en él (intermediarios, personal auxiliar, etcétera) y conocen la motivación económica de la donación, e incluso el propio receptor del órgano que probablemente es quien ha pagado al donante, cometen un delito de lesiones graves, que puede ser castigado con una pena atenuada, pero en ningún caso quedr exento de pena. Por supuesto que si el órgano a transplantar es un órgano vital, el delito que se aplicaría, en caso de que el donante haya consentido libremente morir para donar su órgano, sería el de ayuda ejecutiva al suicidio (artículo 143 del Código Penal), aunque no cabe excluir incluso la posibilidad de un homicidio o asesinato, si el consentimiento del donante no existe o es jurídicamente irrelevante.

En todo caso, cuando se trata de un trasplante de órganos no vitales consentido por el donante a cambio de una contraprestación económica o similar, la conducta del donante queda impune, ya que en el derecho español la autolesión y la lesión consentida cometida por terceros no supone para el lesionado ninguna responsabilidad penal, del mismo modo que tampoco se castiga el suicidio como tal; sin embargo, este problema merece una consideración especial.

Si pensamos en cuál es el bien jurídico protegido en la prohibición penal del tráfico de órganos, en el derecho penal español podríamos, en principio, decir que dado que el trasplante de un órgano no vital (no me ocupo ahora del trasplante de órganos vitales que plantean otro tipo de problemas) supone por lo menos un delito de lesiones graves de mutilación o amputación de un órgano principal, el bien jurídico protegido es la salud y la

integridad corporal del donante.¹⁹ Pero en el derecho penal español, el tráfico de órganos, es decir, la cesión de un órgano a cambio de una contraprestación económica, también está prohibida, incluso aunque el donante lo haya cedido para después de su muerte. En este caso no se puede hablar, obviamente, de la integridad corporal o de la salud del donante como bien jurídico protegido. Y, sin embargo, dado que esta prohibición penal existe en casi todas las legislaciones de trasplantes a nivel mundial, debe seguir planteándose la cuestión de cuál sería el bien jurídico protegido en este caso.

Para fundamentar la prohibición a la que me acabo de referir, se habla de la dignidad humana, y se dice que si se admitiera el tráfico de órganos, el mismo ser humano o sus restos mortales serían objeto de intereses financieros, y que ello supone tanto como instrumentalizarlo en beneficio de terceros. Este argumento que efectivamente puede explicar la prohibición del tráfico de órganos cuando el donante vivo recibe en vida una contraprestación económica a cambio de su donación, no puede ser utilizado, en cambio, cuando el donante quiere que el dinero se pague a su familia después de su muerte. Imaginemos un sujeto que sabe que va a morir y que antes de que ello ocurra quiere que sus familiares se beneficien del uso que se pueda hacer de sus órganos, transplantándolos a otras personas, siempre que éstas paguen por ello. ¿Cuál sería aquí el tipo penal aplicable y por qué? Desde luego, no un delito de lesiones, y tampoco uno contra los sentimientos de piedad que merece el difunto, ya que aquí se actúa conforme a su voluntad manifestada expresamente, en este sentido, antes de su muerte.

Esto explica porqué en el derecho español la infracción de la prohibición del tráfico de órganos sólo puede constituir un delito de lesiones para los terceros (médicos, intermediarios, o el propio receptor), pero no para el donante, que lo más que puede conseguir con su consentimiento es que la pena del delito de lesiones que han cometido terceras personas al extraerle su órgano para transplantarlo a otra sea atenuada conforme a lo dispuesto en el artículo 155 del Código Penal. Ciertamente, el artículo 156 del Código Penal concede efecto eximente al consentimiento del donante en el trasplante de órganos, pero siempre que ello sea conforme a lo dispuesto en la Ley, y es evidente que tanto la Ley del 6 de noviembre de 1979 (artículo 2o.), como el Real Decreto del 4 de enero de 2000 (artículos 2o., 9o., 2) prohíben cualquier forma directa o indirecta de tráfico de órganos.

¹⁹ Doctrina dominante, véase solo Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 6.

En el derecho español se puede decir, por tanto, que el tráfico de órganos está prohibido de un modo general también para el donante, pero esta prohibición sólo tiene para él un carácter simbólico y ninguna consecuencia de carácter penal. El legislador español ha optado, creo que con razón, por no castigar la conducta del donante, por más que su consentimiento, viciado por la contraprestación económica, carezca de efecto eximente para terceros. Se trata de un caso de autolesión o autopuesta en peligro en el que la víctima queda exenta de pena. Y ésta es una tónica que ha seguido siempre el legislador español desde los inicios de la codificación penal en el siglo XIX; dejando impunes no sólo la tentativa de suicidio, sino también los supuestos de autolesión y autopuesta en peligro (salvo el precepto afortunadamente derogado en el nuevo Código Penal, que el anterior Código castigaba la “automutilación para eximirse del servicio militar”).

De ello podría deducirse un ulterior argumento para eximir también de responsabilidad penal al tercero que participa o realiza la intervención (médica) lesiva con el consentimiento del lesionado (paciente o donante). Efectivamente, si se sigue la teoría de la imputación objetiva de Roxin,²⁰ se podría decir que el consentimiento de la víctima en la propia lesión o en la puesta en peligro excluye la imputación a terceros del resultado lesivo. Pero aquí vuelve a surgir un argumento en contra de esta opinión, y que se deduce del propio Código Penal Alemán, cuyo parágrafo 226a, como hemos visto, excluye la eficacia eximente del consentimiento en el delito de lesiones, cuando éste “es contrario a las buenas costumbres”. Y no cabe duda de que, en principio, es muy probable que tanto allí como en cualquier otro país del mundo civilizado se considere que un consentimiento en las lesiones o, en este caso, en el transplante de órganos, prestado a cambio de una contraprestación económica (por ejemplo, vender un riñón, una córnea o un testículo) es algo contrario a “las buenas costumbres”, cualquiera que sea el contenido que quiera dársele a esta fórmula tan vaga y desde luego criticable. Ello será así, sobre todo, cuando el donante lo haga porque realmente se encuentra en una situación de angustiosa necesidad económica, y de algún modo la compra de su órgano no sea más que una forma de explotación o aprovechamiento de esa situación de necesidad en la que se encuentra. En este caso, no parece admisible dejar impune la conducta de quien se aprovecha de esta situación, y mucho menos si además el que paga ni siquiera es el receptor, que se encuentra también en estado de necesidad,

²⁰ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 1, §13.

sino un tercero (médico, intermediario) que puede incluso lucrar con el transplante. La conducta del donante constituye sólo una especie de “participación necesaria”, como lo es la colaboración de la víctima en otros muchos delitos que precisamente se crean para proteger a la persona que colabora en su realización, como en el antiguo delito de usura (desaparecido del Código Penal de 1995 sin ninguna explicación), el abuso de menores, etcétera, en los que la víctima a pesar de su contribución a la realización del delito queda impune. Pero ello, como es lógico, no excluye la antijuricidad de la conducta del tercero, que se fundamenta precisamente en el hecho mismo del abuso de la situación de necesidad de la víctima. En este sentido, se puede hablar de un *paternalismo jurídico-penal indirecto*,²¹ que es el “paternalismo” que ocurre cuando se pretende ayudar a la víctima de un daño potencial que colabora en su propio daño, dirigiendo la represión penal contra el tercero que se aprovecha de ella.

Pero imaginemos otros casos en los que el donante no se encuentre en esa situación de necesidad, y que simplemente quiere el dinero que le ofrecen a cambio de alguno de sus órganos no vitales para comprarse un auto o una casa o para donarlo o dejarlo en herencia a sus parientes. Lo mismo puede decirse con el llamado “cobayismo”, es decir, con la utilización de personas para realizar sobre ellas determinados experimentos o probar fármacos antes de lanzarlos al mercado, ofreciéndoles a cambio algún tipo de compensación académica, o de beneficios penitenciarios, en el caso de los reclusos; pero también porque el sujeto en el se va a probar el fármaco se ofrece a ello por razones altruistas o científicas. O con el *dopping* de los deportistas, que conscientes del peligro que tiene para su salud el tomar determinados fármacos, los consumen para aumentar su potencia y ganar la competición. Evidentemente son supuestos diferentes y con distinta trascendencia, pues en los dos últimos casos se trata más bien de una “auto-puesta en peligro”, mientras que en el transplante de órganos el donante sabe directamente que consiente una mutilación de un órgano de su cuerpo, es decir, en una “autolesión”. De ahí que la trascendencia del consentimiento del afectado por este tipo de intervenciones sea diferente en cada caso y no se pueda generalizar. Es más, es probable que mientras no haya una previsión específica que lo sancione específicamente, el *dopping* sólo podrá ser castigado como un delito de estafa. En lo que se refiere al transplante de órganos, el legislador alemán ha querido solucionar el problema

²¹ Así la expresión de Schroth, *op. cit.*, nota 15, p. 1153.

castigando tanto al que compra el órgano como al donante del mismo. Es verdad que todas las legislaciones que regulan el transplante de órganos prohíben su tráfico, y que este criterio es compartido por casi todas las instituciones implicadas en el tema, pero no todas llegan hasta el punto de castigar al donante que vende sus órganos, del mismo modo, tampoco se castiga a quien se somete a cambio de dinero a determinados experimentos o pruebas farmacológicas. La razón que se alega para castigar también al donante es que de ese modo se evita, de un modo general, la explotación de personas que se encuentran casi siempre en situación de necesidad, la mayoría de ellas provenientes del tercer mundo, a donde se trasladan verdaderos traficantes de órganos para conseguir, a cambio de ceder sus órganos no vitales, modestas compensaciones económicas (pequeñas sumas de dinero, un televisor, un auto), que para esas personas son, sin embargo, fabulosas sumas. El bien jurídico protegido en este caso sería, por tanto, uno de carácter social o universal, la protección de los pobres, de los necesitados y de todos los que, en cualquier parte del mundo, se ven obligados a vender alguno de sus órganos no vitales a cambio de prestaciones económicas que alivien su situación. Y para llevar a cabo este propósito, el legislador alemán protege este bien jurídico con la creación de un *delito de peligro abstracto*, que castiga también al donante. Ello es, desde un punto de vista puramente teórico, cuestionable, aunque también lo es desde el punto de vista práctico. Desde luego, es difícil que la perspectiva de una sanción penal, tanto para el comprador, como para el vendedor cedente del órgano, impida este tipo de explotación sin escrúpulos de personas necesitadas. Pero incluso admitiendo estas razones, también hay que tener en cuenta las limitaciones que en ésta como en tantas otras materias tiene el derecho penal para cumplir su función. Y, desde luego, lo que no se puede hacer es utilizar este instrumento jurídico para llegar hasta el punto que llega el legislador alemán, cuando, empleando lo que Schroth²² llama un *direkter Strafrechtspaternalismus* (paternalismo jurídico-penal directo), que puede llegar a ser incluso un *harter Strafrechtspaternalismus* (paternalismo jurídico-penal duro), cuando castiga incluso a la persona que consiente en ceder sus órganos a cambio de dinero, con lo que de este modo, ciertamente paradójico, pretende protegerla en contra de su voluntad. Contra este modelo de paternalismo jurídico extremo se ha argumentado su dudosa compatibilidad con el derecho a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad garantizados constitucionalmente, pues se utiliza el castigo del donante y, con ello,

²² Schroth, a.a.O.

su propia persona como un medio con el que el Estado pretende proteger un determinado orden moral o educar a terceras personas.²³ No veo, en cambio, inconveniente en que se mantenga, como sucede a nivel mundial, la prohibición del tráfico de órganos para otras personas distintas al donante, y que incluso se les sancione penalmente, porque esa puede ser una forma, si bien no siempre eficaz, de evitar la explotación de las personas pobres, sobre todo en países de escaso desarrollo económico y social, en un mundo y en un momento en el que el abismo existente entre pobres y ricos se ha ahondado, e incluso amenaza con convertirse en insalvable. Sin embargo, tampoco podemos olvidar los intereses de quien, pobre o rico, se encuentra igualmente en estado de necesidad, que puede ser incluso de vida o muerte. Me refiero naturalmente al receptor del órgano, que puede necesitarlo con urgencia para poder continuar viviendo (caso, por ejemplo, de enfermos de riñón en los que la diálisis ya no es eficaz). Desde este punto de vista, que a veces no es suficientemente tomado en cuenta, la solución que propone directamente el legislador alemán, de prescindir de la pena o atenuarla, a juicio del Tribunal, constituye, en palabras de Schroth,²⁴ una infracción al principio de legalidad penal que prohíbe crear normas indeterminadas. En mi opinión, es también una forma de aplacar la mala conciencia ante quienes se encuentran en un conflicto dramático, aunque contradictorio; por un lado, el donante que necesita el dinero y, por otro, el receptor que necesita el órgano, castigándolos en teoría, pero dejando que los jueces en la práctica puedan prescindir del castigo o atenuar la pena; algo que recuerda la actitud del legislador español cuando en el artículo 143, 4 del Código Penal de 1995, permitió atenuar la pena en uno o dos grados en los supuesto de ayuda ejecutiva al suicidio, prestada a quien se encontrara en una situación de graves e insoportables padecimientos, producto de una grave enfermedad de pronóstico mortal irreversible. Desde luego, las prohibiciones penales en estos casos son meramente simbólicas, y a veces lo único que consiguen es desviar la atención y evitar una solución eficaz del problema al margen del derecho penal. En todo caso, considero que la solución que ofrece la regulación española de este problema, cualquiera que sea la opinión que merezca en otros aspectos, es sin duda mucho mejor que la alemana.

²³ Sobre otros argumentos contra la constitucionalidad de los preceptos penales de la Ley Alemana de Transplantes, véase también Roxin y Schroth, *op. cit.*, nota 17, pp. 257 y ss.

²⁴ Schroth, *op. cit.*, nota 15, pp. 1151.

Otro problema que surge en el tratamiento médico, paralelamente al del consentimiento del paciente; es el del deber del médico de informar al paciente sobre las condiciones y consecuencias del tratamiento.²⁵ La eficacia del consentimiento del paciente como causa de exclusión de la tipicidad, de justificación o, en todo caso, de exención de la responsabilidad del médico, presupone que éste dé cumplida información al paciente sobre el diagnóstico de su dolencia, el tipo de intervención o tratamiento que se le va a hacer, los riesgos que el mismo entraña y las posibles consecuencias que pueda tener en el futuro. Parece, pues, evidente que el paciente cuando consiente en la intervención o tratamiento debe saber a que se expone, es decir, conocer lo que esta consintiendo. Pero ¿qué es lo que debe informar el médico al paciente?

La primera cuestión es la del nivel o intensidad que debe tener la información. Por supuesto, parece innecesario que el médico tenga que informar sobre riesgos y consecuencias que puede tener un tratamiento que estadísticamente apenas representa algún tipo de esos riesgos y consecuencias negativas para la salud del paciente, como una cura de reposo, prescribir una dieta alimenticia sana, poco rica en grasas, pasear o realizar algún ejercicio físico moderado. Pero fuera de estos casos, tanto la jurisprudencia como la doctrina exigen que la información médica sea lo más precisa y detallada posible, y no se quede en explicaciones vagas y poco claras. Ahora bien, el nivel de información requerido depende de cada caso y no se puede determinar *a priori* y de una forma global, sino según las circunstancias que se den en cada situación. Una anestesia local de la encía para realizar el empaste de una muela no exige, obviamente, el mismo nivel de información que una anestesia general para una operación sencilla, que ya por el sólo hecho de la anestesia general necesita de mayor información respecto a los riesgos, como sucede, por ejemplo, con la operación de una hernia umbilical. También el tipo de intervención es importante para calibrar el nivel exigible de la información al paciente. La prescripción ocasional de una aspirina para aliviar un dolor de cabeza no exige del médico más que preguntar al paciente si tiene algún tipo de alergia, o en caso que el paciente tenga alguna dolencia gástrica, la recomendación de tomar la aspirina después de cada comida o con un protector gástrico. Pero ni siquiera ello sería necesario

²⁵ Sobre esta problemática, Blanco Cordero, “Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica o terapéutica”, *Actualidad penal*, 1997; Knauer, *op. cit.*, nota 17, pp. 12 y ss.

si el médico sabe que el paciente tiene un buen nivel cultural o nociones de medicina, o, por el conocimiento previo de su estado, sabe que no presenta ninguna de esas contraindicaciones. Pero cuando se trata de una operación en la que, además de la anestesia general, hay que afectar una zona cerebral o cortar planos musculares abdominales, partes del tramo intestinal, amputar un miembro u órgano principal, realizar un transplante de órganos, etcétera, parece obvio que el paciente o, en su caso, sus allegados, sean informados, con todo detalle, de los riesgos y consecuencias de la intervención. La praxis en los hospitales públicos españoles es la de presentar al paciente un protocolo en el que, por un lado, se señalan, por escrito, la técnica que se va a utilizar, los riesgos y consecuencias de la intervención, y, por otro, se le pide una declaración y firma de conformidad una vez que se considere suficientemente informado. Un protocolo semejante, pero separado, se exige también para la anestesia. Una vez cumplido éste, el resto de la información depende de las circunstancias del caso concreto que así lo requieran, del carácter del médico y del paciente, de las relaciones entre ellos, de la necesidad de una información adicional, cuando ésta es requerida por el paciente porque no acaba de entender lo que se le ha explicado, etcétera. En todo caso, parece lógico que la información se adapte al nivel cultural e intelectual del paciente y no se trate de una especie de lección magistral sólo comprensible por un especialista. Entre el exceso de información y la omisión total de la misma, entre el pasarse y el no llegar, hay límites razonables que dependen de muchas variables, y que sólo pueden determinarse valorando las circunstancias objetivas y subjetivas de los protagonistas de la intervención, el médico y el paciente.

Un problema particular plantea el caso en el que la operación es realmente muy arriesgada, y el problema que se trata de resolver con ella no es tan grave o se puede resolver de otro modo, y, en consecuencia, el médico informa de ello al paciente, aconsejándole incluso que no se opere, pero, a pesar de ello, el paciente consciente de estos riesgos decide asumirlos y solicita la intervención. En estos casos, lo primero que hay que comprobar es el estado mental del paciente, pues si su deseo de asumir una operación arriesgada carece de sentido, y es más bien síntoma de falta de madurez o inteligencia, el médico debería ponderar si no se trata de un consentimiento viciado por algún tipo de déficit intelectual. Pero si una vez comprobado este extremo (a veces, con la ayuda o informe de un psicólogo o psiquiatra), el médico considera que el paciente está en condiciones de consentir

válidamente, siendo perfectamente consciente de los riesgos que asume, entonces su actuación, si se ajusta a la *lex artis*, será correcta y no engendrará ninguna responsabilidad penal, cualquiera que sea el resultado de la misma. El Tribunal Supremo Alemán (BGH) se ha ocupado de un caso de este tipo. Se trataba de una paciente que atribuyendo sus continuos dolores de cabeza al mal estado de sus dientes pidió al odontólogo que se los extrajera todos, a pesar de que éste le advirtió de que con ello no evitaría esos dolores, que probablemente era otra la causa, como así fue realmente. La paciente se querelló contra el médico; el Tribunal Supremo Alemán consideró que el consentimiento de la paciente, en este caso, era inválido por falta de capacidad de juicio y condenó, por tanto, al médico quien, en todo caso, según el argumento empleado por el Tribunal Supremo, debió haberse negado a hacer una intervención que, a su juicio, era desaconsejable.²⁶ Para Jescheck y Weigend²⁷ la sentencia es correcta, pero su fundamento jurídico debía haber sido que la extracción de todos los dientes fue consecuencia de una petición absurda de la paciente, que precisamente por serlo, y dada la gravedad de la intervención que solicitaba, debería haberse estimado como “contraria a las buenas costumbres”. Una opinión diferente mantiene Roxin,²⁸ quien considera que incluso cuando la solicitud del paciente no sea objetivamente razonable, no debe considerársele automáticamente como contraria a las buenas costumbres, y, por tanto, admite la licitud de la intervención médica también en estos casos. En la doctrina española, Gómez Rivero considera que la solución de un caso de este tipo depende del alcance que se de a lo que dispone el artículo 10 de la Constitución, es decir, al derecho al libre desarrollo de la personalidad,²⁹ que debe interpretarse sin limitaciones moralistas. Para ello, debe tenerse en cuenta que el legislador, como ya se ha señalado en el Excurso anterior, en los supuestos de transplante de órganos ha impuesto determinados límites a la libre capacidad de disposición del donante del órgano que se va a transplantar, que son vinculantes para quien realiza el transplante. También en el caso de la castración se imponen ciertos límites legales a la voluntad del paciente, que no se basan en la moralidad o inmoralidad de la intervención en sí misma, sino en

²⁶ Véase la sentencia del BGH, en NJW 1978, 1206.

²⁷ Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5a. ed., 1996, 379.

²⁸ AT, 575.

²⁹ Gómez Rivero, *op. cit.*, nota 5, pp. 316 y ss.

otros presupuestos.³⁰ Sólo en los casos en los de que no exista ningún límite legal expresamente establecido a la capacidad de disposición del afectado por la intervención, es cuando se puede dar a éste un derecho a disponer libremente de su cuerpo, incluso, aunque su decisión no sea objetivamente razonable, como puede suceder muchas veces en operaciones puramente cosméticas para aumentar el tamaño de los pechos, reducir o aumentar el volumen de las caderas, la longitud y forma de la nariz, las orejas, hacer desaparecer arrugas de la cara, etcétera, que pueden parecer objetivamente arbitrarias, pero que no lo son tanto cuando la persona que quiere este tipo de operaciones se siente incómoda y desgraciada con determinados defectos corporales, o profesionalmente necesita tener una apariencia física determinada (caso, por ejemplo, de las estrellas de cine, modelos de alta costura, etcétera). Plantear en estos casos si el consentimiento es o no “contrario a la moral” supone tanto como introducir valoraciones morales que están más allá de lo que el derecho puede razonablemente regular o limitar como libre desarrollo de la personalidad. Por supuesto, hay casos en los que se pueden plantear dudas respecto a que la decisión sea realmente consecuencia de un libre desarrollo de la personalidad, sobre todo cuando la operación es de gran gravedad y sus consecuencias irreversibles, como sucede con la esterilización o la castración y el cambio de sexo solicitado por una persona que acaba de cumplir la mayoría de edad. Parece obvio que en estos casos habrá que comprobar, con especial cuidado, la capacidad de conocimiento del solicitante, aunque no negar, por principio, que en

³⁰ A diferencia de lo que sucede en el derecho penal alemán, en el español no hay una ley que regule expresamente la castración voluntaria, pero del artículo 156 del Código Penal, que permite expresamente las operaciones de cambio de sexo o cirugía transexual, se puede deducir que la castración, que normalmente debe realizarse en este tipo de operaciones, también es admisible como finalidad directa del afectado, que posteriormente puede inscribirse legalmente en el Registro Civil su nuevo sexo. En el ámbito penitenciario cabría también la castración voluntaria de un interno (por ejemplo, en el caso de un delincuente sexual) que así lo solicitara libremente, pero en este contexto habría que comprobar muy cuidadosamente la “voluntariedad” de la solicitud, e incluso debería ser rechazada, si, por ejemplo, el sujeto accede a ser castrado a cambio de que se le ponga antes en libertad o de cualquier otro beneficio penitenciario. Por las mismas razones deben rechazarse las pruebas experimentales de fármacos que a veces se someten los reclusos “voluntariamente” a cambio de determinados beneficios penitenciarios. Parece evidente que este tipo de “cobayismo” no sólo es contrario a la moral, sino a los principios que rigen el tratamiento penitenciario y cualquier otro tipo de tratamiento que se lleve a cabo en situaciones en los que la voluntad del afectado está gravemente constreñida.

algún caso pueda considerarse perfectamente válida.³¹ Pero esto no es ya tanto un problema del deber de información por parte del médico, como uno de comprobación de la capacidad del sujeto que solicita someterse a este tipo de intervenciones para consentir válidamente en las mismas.

La jurisprudencia civil española ha mantenido a veces la tesis de que el deber de información por parte del médico forma parte de la *lex artis*, estimando, en consecuencia, que cuando no se ha informado correctamente al paciente de las consecuencias negativas de la intervención, debe indemnizársele adecuadamente, por más que la intervención haya sido en sí misma correcta.³² Pero desde el punto de vista del derecho penal, en realidad, ni el deber de información por parte del médico, ni el consentimiento del paciente tienen en sí mismos nada que ver con que la actuación médica, intervención o tratamiento, se haya realizado, como tal, correctamente. Es decir, puede haber una actuación médicamente impecable sin haber mediado ni información ni consentimiento previos, y, del mismo modo, puede que la intervención médica sea incorrecta y, por tanto, que de lugar a una responsabilidad del médico por un delito imprudente, por más que éste haya informado previamente al paciente y éste haya consentido válidamente, ya que, obviamente, el cumplimiento de estos presupuestos no implica una “carta en blanco” para que el médico actúe después de forma incorrecta.

2. *¿Consentimiento presunto o estado de necesidad? El tratamiento médico obligatorio*

Mientras que el consentimiento del paciente excluye la tipicidad o justifica el tratamiento médico realizado correctamente, hay otro tipo de inter-

³¹ De la misma opinión Eser en Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar* 20a. ed., 1980, pp. 223, núm. marg. 63

³² Véanse sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo del 2 de julio de 2002 y del 22 de julio de 2003. Normalmente los presupuestos de la reparación civil del daño son, sobre todo en relación con el nivel para la prueba de la relación de causalidad, menos estrictos como en el proceso penal, donde rige el principio *in dubio pro reo*, y la carga de la prueba le corresponde al acusador, pero a pesar de ello, en España sigue siendo muy frecuente acudir a la vía penal para resolver estos casos, incluso cuando se trata de imprudencia simple del médico, porque las costas del proceso penal son sensiblemente menores y porque el proceso penal es normalmente más rápido que el civil. Recuérdese que en el derecho español, el juez penal puede resolver también la cuestión de la responsabilidad civil, cuando es reclamada bien por el Ministerio Público, bien por la acusación particular (que incluso puede limitarse a esta reclamación), o por ambas partes de la acusación.

venciones médicas en las que el consentimiento no influye directamente en su licitud, bien porque el paciente no esté en condiciones de consentir válidamente, bien porque incluso oponiéndose expresamente a la intervención médica, ésta se impone obligatoriamente. Parece evidente, pues, que hay que recurrir, en estos casos, a otros criterios distintos al del consentimiento para eximir de responsabilidad al médico que actúe en estas situaciones.

Cuando se trata de personas que no están en condiciones de prestar su consentimiento, hay que preguntar si el paciente que actualmente no puede consentir, antes de perder el conocimiento había expresado libremente su voluntad de rechazar el tratamiento médico en cuestión, aunque éste pueda salvarle la vida. Y si la respuesta a esta pregunta es positiva, todavía hay que diferenciar si el paciente se había puesto voluntariamente en esa situación porque quería suicidarse o, en cambio, había asumido conscientemente la situación de peligro, pero su meta no era morir, sino utilizar otro tipo de remedio que le salvara la vida (por ejemplo, un tratamiento alternativo a la transfusión de sangre, plegarias, oraciones) o como una forma reclamar la concesión de unos derechos, aun a costa de poner en peligro su vida, forzando a la administración a que se los conceda, exponiendo de camino ante la opinión pública sus reclamaciones o sus reivindicaciones políticas (huelgas de hambre en las cárceles).

La doctrina dominante en Alemania acepta que en la evitación de un suicidio en contra de la voluntad del suicida, incluso empleando medios que pueden ser constitutivos de coacción, se puede aplicar el estado de necesidad como causa de justificación, partiendo de que la vida no es un bien del que su titular pueda disponer a voluntad.³³ En el derecho penal español puede, además, argumentarse, en favor de esta solución, que la omisión del intento de salvar la vida del suicida por quien tiene el deber jurídico de hacerlo constituye un delito de ayuda al suicidio (artículo 143,2 Código Penal).³⁴ Una solución similar hay que dar, aunque por distintas razones, a la

³³ Caso Wittig; sobre este caso Roxin, AT, 773

³⁴ Véase Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 6, pp. 73 y 178; Luzón Peña, "Estado de necesidad e intervención médica", *La Ley*, 1988. De otra opinión Díez Ripollés, "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario", *Cuadernos de política criminal*, 1986, quien por lo demás equipara la huelga de hambre y el rechazo de la transfusión sanguínea por los testigos de Jehová a la tentativa de suicidio, y, en consecuencia, se ocupa de estos temas en relación con el delito de ayuda al suicidio, véase, del mismo autor, Díez Ripollés y Casabona, Romeo (coords.), *Comentarios al Código Penal, Parte especial*,

alimentación forzosa de la persona anoréxica, sobre todo cuando ésta es menor de edad, y de acuerdo con el informe del psiquiatra se puede considerar que por razón de la misma enfermedad no es una persona plenamente responsable de su decisión de no alimentarse.

La solución debe ser, a mi juicio, distinta cuando el paciente que se niega a ser alimentado o a recibir una transfusión de sangre, en realidad no quiere morir, sino alcanzar otro fin: bien salvarse con otro tipo de remedios distintos a los que propone la medicina tradicional; bien conseguir que se le concedan determinados derechos por parte, por ejemplo, de la administración penitenciaria poniéndose en huelga de hambre. Parece evidente que aquí el punto de partida es distinto al caso del suicida; es decir, aquí se debe, en principio, respetar la libertad de creencias y de opinión del testigo de Jehová o del preso en huelga de hambre, los cuales están ejerciendo derechos reconocidos constitucionalmente. El problema se complica cuando se llega a una situación de inminente peligro de muerte del paciente o del huelguista, y estos han perdido, ya de un modo permanente, el estado consciente, pero hasta ese momento todavía en estado de consciencia insistían en negarse a la transfusión de sangre o a que se les alimentara por vía parenteral. Dado que en ese momento el peligro de muerte es inminente y es altamente probable que ésta se produzca si no se actúa inmediatamente, se trata de adoptar lo que se llama una “decisión existencial”, es decir, que afecta a la vida y a la muerte, y que, por tanto, alguien tiene que tomar cuando el que se encuentra en esa situación ya no puede hacerlo.³⁵ La doctrina dominante en Alemania considera que en estos casos debe preguntarse a los parientes más cercanos o tener en cuenta algún otro indicio que permita deducir cuál sería la voluntad efectiva del sujeto.³⁶ Roxin, en cambio, considera que este criterio es equivocado, porque en el fondo se pretende averiguar una voluntad que ya no podemos conocer realmente, dice, “nunca se puede saber cómo el paciente se habría decidido ante esa situación de inminente muerte”.³⁷ Además debe tenerse en cuenta que incluso los parientes, por las razones que sean, pueden tener interés en que la situación se prolongue hasta el final, supliendo con su propia voluntad la del su-

Valencia, 2004, t. I, p. 247; en contra García Álvarez, quien correctamente diferencia entre autopuesta en peligro y suicidio.

³⁵ Véase Roxin, AT, 831.

³⁶ Véase la exposición de la discusión doctrinal alemana al respecto, en Roxin, *op. cit.*, p. 832.

³⁷ Roxin, *op. cit.*

jeto que se encuentra en esa situación, e incluso decidiendo de un modo distinto a como éste hubiera querido. Así sucedió en el caso de las madres de algunos presos del IRA irlandés en huelga de hambre en la época del gobierno de la señora Thatcher; consultadas por la administración unas decidieron que no se les alimentara, y otras, por el contrario, autorizaron la alimentación.

Roxin considera que en estos casos debe aplicarse el llamado “consentimiento presunto”, y dice: “se sirve mejor a la autonomía del paciente, si se admite la salvación de su vida y con ello se deja abierta la posibilidad de que vuelva a decidir si quiere o no morir. En este caso el consentimiento presunto justifica la alimentación forzosa, aunque luego el salvado no esté de acuerdo con su salvación”.³⁸

La jurisprudencia española se ha tenido que enfrentar con este tipo de situaciones. Así, por ejemplo, en un caso en el que se le hizo una transfusión a un testigo de Jehová ya inconsciente, en contra de la voluntad de su marido, pero con autorización judicial, el Tribunal Supremo consideró aplicable el estado de necesidad, lo que en cierto modo es explicable dada la amplitud con que se regula esta eximente en nuestro Código Penal, que, según la doctrina dominante, acoge tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante.³⁹

Más problemática todavía es la solución cuando se trata de la alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre. Es evidente que el preso que se encuentra en esta situación está manifestando de esta manera, frente ante la opinión pública o ante la propia administración penitenciaria, su protesta ideológica o su disconformidad con una determinada decisión de las autoridades (ser trasladados a un centro penitenciario alejado de lugar de origen, negarles determinados beneficios penitenciarios, etcétera). La negativa a ser alimentado constituye, por tanto, un ejercicio legítimo del derecho a la libertad en general y a la de expresión, en particular, y como

³⁸ *Idem.*

³⁹ Autos del Tribunal Supremo del 14 de marzo de 1979 y del 22 de diciembre de 1983, sobre ellos Bajo Fernández, “Agresión médica y consentimiento del paciente”, *Cuadernos de política criminal*, 1985, pp. 127 y ss; Barreiro, Jorge, *op. cit.*, nota 5, p. 96. Véase también lo dicho respecto al caso, cuando el sujeto sea menor de edad, en nota 5, y bibliografía y jurisprudencia allí citadas. Sobre el consentimiento presunto, véase De la Mata Barranco, “El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio”, *Homenaje a Roxin*, Barcelona, 1997. Para Cerezo Mir, *op. cit.*, nota 3, el consentimiento presunto es siempre un problema de estado de necesidad.

tal debe ser respetada, independientemente de que tenga o no razón en sus reclamaciones o en sus planteamientos políticos. El problema comienza cuando el huelguista llega a una situación de permanente pérdida de la conciencia, y la continuación de la huelga lo coloca en riesgo inminente de muerte.

Estas dos situaciones; por un lado, la pérdida permanente de la conciencia y, por tanto, de la capacidad para decidir, y, por otro, el inminente peligro de muerte deben ser comprobadas con criterios médicos objetivos. Si efectivamente se dan, la administración penitenciaria tiene el deber de alimentar al preso, porque de la propia relación especial que une al preso con la administración se deduce que ésta tiene una posición de garante, es decir, un deber jurídico impuesto legalmente de cuidar de la vida y de la salud e integridad física del preso (artículo 11 Código Penal). Se trata, en este caso, de aplicar una de las medidas médicas de carácter coactivo, que, no sólo en relación con la alimentación, sino también con otros aspectos sanitarios, está prevista y regulada en las leyes y reglamentos penitenciarios. La cuestión de si la alimentación forzada se puede justificar con base en un consentimiento presunto o simplemente aplicando directamente el estado de necesidad puede ser discutible y no me parece muy importante, ya que hay razones para apreciar cualquiera de estas dos causas de justificación, todo dependerá de si se hace recaer el acento en la voluntad presunta del preso o en la idea de ponderación de intereses. En mi opinión, la aplicación del estado de necesidad tiene la ventaja de que no hay que recurrir a la ficción de un consentimiento presunto del preso, y además de que, al tratarse, en todo caso, de un conflicto de intereses en la misma persona, la cual no puede decidir, tiene que hacerlo otra como una forma de “auxilio necesario”, aplicando el principio general de ponderación y proporcionalidad que inspira el estado de necesidad como eximente; pues no cabe duda que, desde este punto de vista, el bien jurídico “vida” es siempre superior a cualquier otro bien jurídico que se sacrifique para salvarlo. Esta eximente podrá volver a ser aplicable después de que el sujeto, con la alimentación, haya recuperado su conciencia y vuelva a expresar su deseo de continuar la huelga, si vuelve a producirse la misma situación de pérdida de conciencia y de peligro inminente de muerte. No me parece, por tanto, necesario recabar la opinión de los parientes del preso, porque no es un problema de ausencia de un consentimiento que deba ser suplido por otros (como sucede en el caso de los menores e incapaces), sino de ponderar cuál es el interés superior que

hay que salvar, y esto puede decidirlo de forma objetiva la administración, cualquiera que sea la opinión de los parientes o de otras personas allegadas, afectiva o ideológicamente, al preso. Me parece evidente que en esta situación extrema, la vida es un valor superior a cualquier otro que esté en juego. Debe tenerse en cuenta que en estos casos, tampoco el preso quiere realmente morir, sino reivindicar, de la manera más espectacular y dramática posible, lo que él cree sus derechos. Se trata de lo que algún penitenciarista alemán ha llamado *demonstrativer Selbstötungsversuchk*,⁴⁰ un intento de suicidio demostrativo, es decir, una forma de manifestar una opinión o protesta sin voluntad real de morir, condicionando la decisión de no ser alimentado a que se reconozcan sus reivindicaciones o simplemente a que se haya conseguido el efecto propagandístico perseguido.

La consecuencia más importante de esta solución es, desde el punto de vista de la responsabilidad penal de las autoridades penitenciarias, que en caso de que el preso en huelga de hambre muera porque la administración no haya procedido a aplicar las medidas que podían evitarlo, el tipo penal aplicable no es el del delito de ayuda al suicidio, que además requiere la forma de comisión dolosa, sino el del homicidio, tanto en su forma dolosa como imprudente, cuando se den los presupuestos de algunas de estas dos formas de imputación.⁴¹

Ésta es también la opinión mantenida por el Tribunal Constitucional Español en su decisión del 27 de junio de 1990, en relación con los presos del GRAPO en huelga de hambre, legitimando la alimentación forzosa a la que fueron sometidos por la administración penitenciaria, y excluyendo así la responsabilidad de los funcionarios (principalmente médicos) que procedieron a alimentar a los presos en huelga de hambre, una vez que éstos llegaron a la situación anteriormente descrita. Lo que sí advierte el Tribunal Constitucional es que, de acuerdo con la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 25 de febrero de 1985, hay que evitar que ésta se lleve a cabo provocando una situación de humillación del preso y respetando, en la medida de lo posible, su derecho a no ser alimentado en tanto esté en situación de decidir libremente.

Es evidente que en estas situaciones surge un conflicto de legitimidad para el Estado, que con el efecto simbólico que tiene la huelga puede verse con-

⁴⁰ Así el término de Kühne, *Strafrechtliche Aspekte der Suicid-Abwendung in Strafanstalten*, NJW 1975, 671.

⁴¹ Véase Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, nota 6, p. 73.

movido en sus cimientos morales o políticos.⁴² Pero también el Estado está obligado a respetar la vida y la salud de las personas como tales y no a tratarlos como “enemigos”, a los que, según la definición que de ellos hace un famoso autor, se les pueden negar todos los derechos, incluso de los más elementales, y considerarlos simplemente como *Unpersonen*, es decir como “no personas”.⁴³ En el moderno Estado y de acuerdo con los pactos de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, convenciones de Ginebra sobre el estatuto de los presos de guerra, etcétera, todo el mundo, amigos y enemigos, ciudadanos y “extraños a la comunidad”, tiene derechos básicos fundamentales que deben ser respetados por los Estados, independientemente de lo que los sujetos hayan hecho previamente o de las razones que aleguen para mantener su huelga, y del efecto político desestabilizador que la misma produzca. También, precisamente por eso, debe evitarse el procedimiento contrario que es el de acabar con la huelga desde el primer momento, forzando la alimentación cuando todavía el sujeto está consciente y no existe peligro grave de muerte, pues ello lesionaría el derecho a la autodeterminación del preso y el ejercicio de su libertad. Entre ambos extremos, la alimentación forzosa que impida al preso desde el primer momento la expresión de sus reivindicaciones y la omisión de esa alimentación, aun cuando el preso ya no puede expresar su opinión y existe peligro inminente de muerte, hay un amplio margen de actuación en el que siempre cabrá la sospecha de que el Estado de un modo u otro pretenda acallar o librarse definitivamente de las personas que más problemas puedan representar para su estabilidad política y social.

⁴² Así Kerner, en Kaiser *et al.*, *Strafvollzug, ein Einführung in die Grundlagen*, 2a. ed., 1977, p. 275.

⁴³ Véase Jakobs, Günther, “La ciencia penal ante los retos del futuro”, trad. de Teresa Manso, en Eser *et al.*, *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, (versión española coordinada por Francisco Muñoz Conde). Sobre la posición de Jakobs respecto al por él llamado “derecho penal del enemigo”, véase, entre otros, mi trabajo, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, 2005 (una versión más reducida se encuentra publicada también en *Revista Penal*, 2005).

movido en sus cimientos morales o políticos.⁴² Pero también el Estado está obligado a respetar la vida y la salud de las personas como tales y no a tratarlos como “enemigos”, a los que, según la definición que de ellos hace un famoso autor, se les pueden negar todos los derechos, incluso de los más elementales, y considerarlos simplemente como *Unpersonen*, es decir como “no personas”.⁴³ En el moderno Estado y de acuerdo con los pactos de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, convenciones de Ginebra sobre el estatuto de los presos de guerra, etcétera, todo el mundo, amigos y enemigos, ciudadanos y “extraños a la comunidad”, tiene derechos básicos fundamentales que deben ser respetados por los Estados, independientemente de lo que los sujetos hayan hecho previamente o de las razones que aleguen para mantener su huelga, y del efecto político desestabilizador que la misma produzca. También, precisamente por eso, debe evitarse el procedimiento contrario que es el de acabar con la huelga desde el primer momento, forzando la alimentación cuando todavía el sujeto está consciente y no existe peligro grave de muerte, pues ello lesionaría el derecho a la autodeterminación del preso y el ejercicio de su libertad. Entre ambos extremos, la alimentación forzosa que impida al preso desde el primer momento la expresión de sus reivindicaciones y la omisión de esa alimentación, aun cuando el preso ya no puede expresar su opinión y existe peligro inminente de muerte, hay un amplio margen de actuación en el que siempre cabrá la sospecha de que el Estado de un modo u otro pretenda acallar o librarse definitivamente de las personas que más problemas puedan representar para su estabilidad política y social.

⁴² Así Kerner, en Kaiser *et al.*, *Strafvollzug, ein Einführung in die Grundlagen*, 2a. ed., 1977, p. 275.

⁴³ Véase Jakobs, Günther, “La ciencia penal ante los retos del futuro”, trad. de Teresa Manso, en Eser *et al.*, *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, (versión española coordinada por Francisco Muñoz Conde). Sobre la posición de Jakobs respecto al por él llamado “derecho penal del enemigo”, véase, entre otros, mi trabajo, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, 2005 (una versión más reducida se encuentra publicada también en *Revista Penal*, 2005).