

VICENTA CERVELLÓ DONDERIS

**Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia**

**La huelga de hambre penitenciaria: Fundamento
y límites de la alimentación forzosa**

Sumario

- 1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA Y PLANTEAMIENTO.**
 - 1.1.** Cuestiones éticas, penales y constitucionales. **1.2.** Debate doctrinal y pronunciamiento del Tribunal Constitucional.
- 2. PROBLEMÁTICA DE LA HUELGA DE HAMBRE.**
 - 2.1.** Primeras manifestaciones. **2.2** Concepto y características.
 - 2.3.** Su diferencia con el suicidio y otras figuras afines.
- 3. LA HUELGA DE HAMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.**
 - 3.1.** Responsabilidad del huelguista: disciplinaria y penal.
 - 3.2.** Regulación legal de la huelga de hambre. **3.3.** Consecuencias jurídicas de la alimentación forzosa en el Código Penal español
- 4. LOS DERECHOS DEL RECLUSO.**
 - 4.1.** El derecho a la vida. **4.2.** La autonomía personal. **4.3.** La dignidad humana.
 - 4.4.** Compatibilidad entre los derechos y libertades del recluso.
- 5. LOS DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN.**
 - 5.1.** La relación de sujeción especial. **5.2.** El deber de velar por la vida y la salud del recluso. **5.3.** Mantenimiento del orden y uso de medios coercitivos. **5.4.** Los límites del paternalismo jurídico.
- 6. LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN.**
 - 6.1.** El momento de la intervención. **6.2.** Estado de necesidad. **6.3.** Cumplimiento de un deber. **6.4.** Consideraciones de Política Criminal

1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA Y PLANTEAMIENTO.

1.1. Cuestiones éticas, penales y constitucionales

El objeto de estudio de la presente investigación consiste en abordar la problemática causada por los reclusos que utilizan como medio de protesta la huelga de hambre prolongada, como consecuencia de la cual además de poner en peligro su vida y su salud se produce un eventual choque entre la libertad individual del sujeto y la obligación asistencial de la Administración. El interés por el análisis de este problema se debe a que además de confluir en el mismo una serie de cuestiones de índole jurídica, moral y deontológica que afectan principalmente a la clase médica y la Administración Penitenciaria, su discusión se presenta como paradigmático engarce entre Derecho Penal, Derecho Penitenciario y Constitución por el entramado de derechos y obligaciones procedentes de la relación jurídica penitenciaria cuyo conflicto al traspasar los límites punitivos exige una necesaria lectura constitucional.

Aunque inicialmente el problema puede plantearse como político¹ no tarda en saltar al ámbito jurídico por las mencionadas implicaciones de carácter constitucional, penal y peniten-

1 C. Climent *Sobre la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre.* RGD Septiembre 1990 pág. 6431

ciario². Su relevancia constitucional se manifiesta en la interpretación que ha de hacerse de la protección del derecho a la vida, la libertad y la dignidad humana en la Norma Fundamental, ello evidentemente no supone que se vaya a abordar con profundidad el tema de la disponibilidad del derecho a la vida, lo que excedería en mucho de los límites razonables de este trabajo, sino simplemente que se trate de alcanzar una interpretación que permita encajar las disposiciones penales con los preceptos constitucionales saltando las eventuales contradicciones ya que de hecho nos podemos encontrar con la posibilidad de relevancia penal tanto si se parte de una actuación positiva como negativa de la Administración aunque en ambos casos no sea difícil encontrar una potencial justificación; desde el punto de vista penitenciario, por su parte remite a cotejar los derechos de los internos con los deberes de la Administración conforme a la normativa penitenciaria para determinar su respectiva preferencia ya que en última instancia se trata de ponderar el derecho a la libre autonomía del recluso y el deber de asistencia sanitaria que se confiere al médico penitenciario y por último sobre todo ello subyacen las normas deontológicas de la medicina que rehúsan aceptar la posibilidad de imponer un tratamiento médico en contra de la voluntad de paciente, de donde nace el interés de, dejando de lado las conductas omisivas que han sido más detenidamente estudiadas por la doctrina, analizar la alimentación coercitiva en su consideración de tratamiento médico arbitrario entrando con ello en la disyuntiva de la conveniencia o no de su regulación específica.

La relevancia jurídica, ética y social de los temas que confluyen en la huelga de hambre como son la disponibilidad de la propia vida, la libertad para rechazar la asistencia proporcio-

2 En este sentido se expresan las sentencias 120/90 de 27 de Junio y 137/90 de 19 de Julio del Tribunal Constitucional al afirmar respectivamente en su Fundamento Jurídico 5º y 3º “... *la intervención médica forzosa, por los valores humanos que en ella se implican, constituye un tema de excepcional importancia que irradia sus efectos a distintos sectores del Ordenamiento jurídico, especialmente al constitucional y al penal y trasciende del campo de lo jurídico para internarse en el campo de la axiología ...*”

nada por la Administración, la legitimidad de la intervención médica coactiva, los derechos del detenido e incluso la violencia y deshumanización de las cárceles³ provocan multitud de opiniones y de matices que necesariamente deben ser acotados. Partiendo del debate jurídico general que discute la legitimidad de la intervención médica coactiva, el trabajo no pretende encontrar una respuesta o fórmula válida y excluyente sino solo reflexionar sobre las consecuencias jurídicas de la postura intervencionista en el medio penitenciario, debido a que al tratarse de una situación de privación de libertad sus garantías exigen una mayor protección en el marco de la normativa penitenciaria. Para ello es fundamental partir del determinado status del recluso y de las obligaciones de la Administración penitenciaria así como de las distintas consecuencias que puede generar una huelga de hambre prolongada, ya que en definitiva se trata de un problema de sanidad penitenciaria⁴.

De esta manera el trabajo se divide en los siguientes apartados: en primer lugar se ha de partir de la problemática específica de la huelga de hambre penitenciaria con sus especiales características que le diferencian de otros temas muy próximos como el rechazo al tratamiento médico principalmente por motivos religiosos o la legitimidad del suicidio; partiendo de ello el siguiente paso es tener en cuenta las consecuencias jurídicas que se derivan de la huelga de hambre en prisión tanto para el recluso huelguista como para quienes pueden intervenir efectuando la alimentación forzosa; en tercer lugar hay que comparar todos los intereses personales del recluso como puedan ser su vida, libertad o dignidad con los de la Administración penitenciaria con el fin de llevar a cabo si es posible una ponderación entre ellos; y finalmente terminar con las posturas que ex-

3 M. Parziale y A. Ponti *Il medico e la alimentazione forzata del detenuto*. Rassegna penitenziaria e criminologica 1983-1 pág. 147

4 Sobre la conveniencia o no de su tratamiento como una cuestión de sanidad penitenciaria Díez Ripollés, J.L. *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*. Valencia 1993 pág. 242.

plican la legitimación de la alimentación coactiva a los reclusos huelguistas.

El tema que se desarrolla a continuación en definitiva se ciñe exclusivamente a la huelga de hambre como *medio de protesta* en el medio penitenciario y a las consecuencias jurídico-penales de la *intervención médica* en contra de la voluntad del recluso en tal situación; así pues otros tipos de huelga de hambre, posturas distintas a la del personal sanitario, o posturas abstencionistas que omiten cualquier actuación en contra de la voluntad del sujeto, quedan fuera de este estudio salvo en lo que resulte necesario tomar como referencia.

1.2. Debate doctrinal y pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Ante toda esta problemática ocasionada por la licitud o no de la alimentación forzosa la doctrina (tanto penalistas, constitucionalistas, penitenciaristas, como filósofos del Derecho) ha tendido a agruparse alrededor de dos grandes posturas:

- La primera de ellas entiende que la libertad humana no tiene límites y por ello el derecho a disponer de la propia vida entra dentro del ejercicio de dicha libertad, lo que no solo no legitima al médico a intervenir mediante la alimentación forzada sino que de hacerlo se podría derivar de ello responsabilidad penal por la comisión de un delito de coacciones o incluso de delitos contra la libertad de conciencia. En este sentido la preferencia de la libre autodeterminación del sujeto provocaría la inconstitucionalidad de cualquier intervención coactiva por atentar contra el libre desarrollo de la personalidad.

- La segunda entiende que sin embargo la vida humana no es un bien disponible para su titular, y por eso en determinados supuestos la intervención médica estaría justificada para evitar un daño irreparable, en este caso la no actuación médica podría provocar también responsabilidad bien por omisión del deber de socorro o incluso homicidio omisivo. Esta postura

parte de un derecho prioritario y absoluto de la vida que ha de defenderse incluso en contra de la voluntad de su titular lo que explica que cualquier participación en una muerte, aun deseada por su titular, sea punible.

Estas posturas encontradas hicieron que la Administración penitenciaria acuciada por la gravedad de una serie de casos en que la prolongada huelga de hambre mantenida había llevado a los reclusos a un alarmante estado de deterioro que amenazaba sus vidas, encomendara a los juzgados de vigilancia penitenciaria la solución de tal decisión dando lugar a diversos pronunciamientos⁵ que inicialmente optaron por respetar la voluntad de decisión del huelguista permitiendo la alimentación forzada solo cuando se hubiera perdido la conciencia por no poder conocer en ese caso la voluntad de seguir en esa actitud⁶; la confusión sin embargo aumentó ya que las resoluciones de los jueces fueron revocadas por las correspondientes Audiencias Provinciales al aceptar los recursos de los Fiscales, hasta que finalmente, tras las correspondientes apelaciones, en resolución de sendos recursos de amparo fueron confirmadas por el Tribunal Constitucional en las sentencias 120/1990 de 27 de Junio, 137/1990 de 19 de Julio y posteriormente en otras sucesivas, optando por una solución desde la perspectiva judicial⁷ ya que resolvía acerca de la actuación judicial intervencionista; ambas rechazaron el amparo solicitado por los recurrentes, interpretando la laguna normativa al permitir la asistencia médica obligatoria a reclusos en huelga de hambre, pero en modo alguno terminó la polémica doctrinal que sigue debatiéndose para alcanzar una solución más satisfactoria.

5 Una detallada exposición crítica de los pronunciamientos de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria y las Audiencias Provinciales que se manifestaron con ocasión de la huelga que los miembros del GRAPO protagonizaron en 1989 se encuentra en Atienza, M. *Cuestiones de vida o muerte. Sobre el alcance del derecho a la vida.* en *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y su razonamiento jurídico.* 1ª Ed Barcelona 1993

6 Bajo Fernández, M. *Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante.* CPC nº 51, 1993 pág. 727.

7 C.Climent *op. cit.* pág. 6432

Los puntos centrales en los que se basaba el Tribunal Constitucional para legitimar la alimentación forzosa se pueden resumir en torno a las siguientes consideraciones⁸:

- El internamiento en un centro penitenciario origina la *relación de sujeción especial* que hay que conectar con la limitación de derechos del recluso que en virtud del artículo 25.2 de la Constitución española puede imponer la legislación penitenciaria.

- En la relación jurídica penitenciaria destaca el *deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del recluso*, valores que permiten una limitación a los derechos fundamentales de los internos que se colocan en peligro de muerte (que sin embargo podría ser contrario a Derecho en ciudadanos libres). No es constitucionalmente exigible a la Administración que se abstenga de prestar asistencia médica que va dirigida a salvaguardar la vida, sino que está obligada a velar por la vida y salud de los reclusos.

- La *privación de la vida* es un acto que la ley no prohíbe pero *no es un derecho subjetivo* que pueda movilizar el apoyo público, por eso al no garantizar la Constitución el derecho a la muerte no se puede decir que la asistencia médica coactiva sea contraria a algo inexistente.

- La asistencia médica obligatoria no vulnera ningún derecho fundamental, solo es una *limitación del derecho a la integridad física y moral y una restricción a la libertad física justificada* para preservar el bien vida humana que es un valor superior del ordenamiento Jurídico sin el que los demás derechos no tendrían existencia posible.

- Para garantizar el equilibrio entre el deber de velar por la vida de la Administración y el derecho del interno a la integridad física y moral *solo se autoriza la alimentación cuando*

8 Extracto de García Valdés-Cantarero-Puyol *Derecho Penal Constitucional. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona 1993 pág. 2731 y 2791

según la ciencia médica corra riesgo serio la vida del recluso, sin que se autorice la alimentación bucal en contra de su voluntad.

Este pronunciamiento constitucional sin embargo, no fue unánime ya que hubo dos votos particulares suscritos por los Magistrados Rodríguez Piñero y Leguina Villa que discrepaban del parecer mayoritario: el primero entiende que la relación de sujeción especial no puede justificar la limitación de derechos del recluso y que el recluso como enfermo goza de los mismos derechos y libertades que el ciudadano libre por eso defiende que necesita el mismo grado de voluntariedad para la asistencia médica, y el segundo se inclina por entender que no estando en juego derechos fundamentales de terceras personas ni bienes o valores constitucionales que sea necesario proteger, la relación de sujeción especial no puede servir para justificar una coacción que afecta al núcleo esencial de la libertad personal y a la autonomía de la voluntad del individuo.

Se ha renunciado a comentar en este momento la opinión del Tribunal Constitucional por entender que es más conveniente hacerlo en su correspondiente ámbito de aplicación a medida que se va exponiendo el desarrollo del trabajo, no obstante sí se puede ya señalar como uno de los temas más controvertidos el alcance de la relación de sujeción especial y la ilicitud de la huelga de hambre como presupuestos que legitiman el deber de intervenir. En todo caso la síntesis reflejada de las sentencias tiene como específica función la de servir de punto de arranque para extraer los cinco puntos fundamentales sobre los que se asienta la alimentación forzosa como son: la relación de sujeción especial, las obligaciones sanitarias de la Administración penitenciaria, el derecho a la vida del recluso, la justificación de la alimentación forzosa y el momento idóneo para llevarla a cabo; la problemática de la huelga de hambre penitenciaria precisamente por ello requiere una reflexión sobre todos ellos.

2. PROBLEMÁTICA DE DE LA HUELGA DE HAMBRE: CUESTIONES GENERALES.

2.1. Primeras manifestaciones

Aunque son muchos los supuestos de huelga de hambre emprendida por prisioneros a lo largo de este siglo, como muestra de los tres aspectos que ondean sobre la problemática creada a las autoridades penitenciarias por los reclusos que toman la decisión de rechazar la alimentación y que perfilan su debate moral, político-jurídico y médico, se puede afirmar que también en su propia evolución es posible destacar dicho triple planteamiento con la distinción de una serie de momentos que alcanzaron una especial relevancia: el primero de ellos se desarrolla en Irlanda en 1920 siendo su mayor importancia que desemboca el inicio del debate teológico en el seno de la religión católica para debatir la licitud moral de una decisión personal que suponía poner en peligro la propia vida humana; como un segundo momento se puede citar el hecho de que a partir de 1930 en Francia a raíz de otro supuesto de huelga de hambre en prisión se suscitara la discusión desde el punto de vista médico, siendo principal objeto del debate el rechazo facultativo a la imposición de tratamiento médico de forma coactiva en contra de la voluntad del paciente por ser radicalmente contrario a las normas deontológicas; y por último a partir de 1970 la declaración de huelga de hambre de varios detenidos pertenecientes a bandas terroristas de Irlanda y España junto a los hechos ocurridos en 1989 también en nuestro país, alcanzan plenamente al campo político y consecuentemente penal pues lo que podía ser una razón de Estado chocaba con el derecho a la libre autonomía del sujeto, provocando que se desencadenara de una manera decisiva el debate dentro del Ordenamiento Jurídico. Aunque no se ha citado en esta evolución también ha de destacarse la especial atención que ha prestado la doctrina alemana a la discusión de la huelga de hambre penitenciaria, así como la relevancia que

tuvo en aquel país la huelga de hambre emprendida por diversos integrantes de la banda Baader-Mainhof⁹.

2.1.1. Debate teológico: Irlanda 1920

Señalan los tratadistas del tema como el caso más anti-guo de huelga de hambre en prisión con resultado mortal el del político irlandés Terence Mac Swiney, quien en 1920 ocupando el cargo de alcalde de la ciudad de Cork fue ordenado detener por el Gobernador inglés por su participación en una manifestación independentista; su encarcelamiento en la prisión de Brickston en Londres junto a la protesta por la ingerencia británica en su país le llevaron a someterse a huelga de hambre voluntaria que le provocó la muerte tras sesenta y tres días sin comer (si bien algunos autores declaran que fueron cincuenta y ocho, y otros que setenta y cuatro los días de ayuno)¹⁰. Como ya se ha señalado anteriormente su significado más relevante es que debido a su religión católica se suscitó en su seno un enfatizado debate sobre la licitud moral de su actuación. Señala Higuera¹¹ que mientras los moralistas irlandeses defendían la licitud objetiva de la decisión del huelguista por entender que aunque era un

9 Sobre estos sucesos J.Wagner (Selbstmord und Selbstmordverhinderung Karlsruhe 1975 pág. 11-13) expone de un lado el punto de vista de los huelguistas a través de la transcripción de la correspondencia de algunos miembros de la Banda: ... "*la guerrilla se materializa en la lucha, sin fin, hasta la muerte y naturalmente colectiva , ... viviendo en lucha... pero con todo el amor a la vida, menospreciando a la muerte...*" y de otro el sentir general de la población que por la hostilidad contra el grupo mostraba indiferencia ante la vida de los huelguistas, planteándose temas tales como el gasto público que acarrea la alimentación artificial o incluso si la producción de la muerte se podía considerar justa en una especie de equivalencia con la pena de muerte.

10 G. Bodgan *Le médecin et la grève de la faim* Revue internationale de Droit pénal 1930 n° 21 pág. 375. A. de Rody, *El plante y la huelga de hambre* REP Julio 1946 n° 16 pág. 55. G.Higuera *Ética de la huelga de hambre*, Razon y Fé Diciembre 1974 pág. 390. J.A. Gisbert Calabuig, *Medicina Legal y Toxicología*, 4ª Ed Barcelona 1991 pág. 74.

11 G. Higuera, *op. cit.* pág. 392

suicidio indirecto resultaba moralmente lícito debido a la importancia de la independencia como motivo impulsor, los teólogos-moralistas ingleses sin embargo acusaron de ilícita y objetivamente inmoral tal conducta calificándola de suicidio directo sin justificación alguna. Su mayor o menor acercamiento al suicidio¹² implicaba su reprobación por inmoralidad en las teologías confesionales, hasta que la distinción escolástica entre suicidio directo e indirecto permitió ordenarla como indirecto con el fin de estimarla moralmente lícita¹³ para acabar siendo finalmente una actitud moralmente respetada por tratarse de un medio testimonial de protesta pacífico. Marcada igualmente por su gran significado político debido a las reivindicaciones que la provocaron, también puede unirse a este primer apartado teológico-religioso pero en distinta área cultural y religiosa, la huelga de hambre mantenida por el Mahatma Gandhi en 1943 durante veintiún días a raíz de su detención como jefe del movimiento independentista indio contra la dominación británica, y que fue largo tiempo símbolo de resistencia pacífica ante el poder.

2.1.2. Debate médico: Francia 1930

En Francia en los años treinta se trasladó la polémica fundamentalmente al campo facultativo dado que ante el rechazo de alimentos de la reclusa Mme. Hanau fue la primera vez que la medicina creyó su deber de intervenir sacándola de prisión para llevarla a un hospital y alimentarla a la fuerza. El método empleado consistió en abrirla la boca a la fuerza para introducirle un tubo hasta su estomago y al continuar en su rechazo pasó a hacerse por la nariz, lo que provocó por su carácter de hecho único una discusión en la Academia de Medicina de París¹⁴ ya que el sentir general se mostraba contrario a la impo-

12 Sobre la problemática moral del suicidio Juanatey Dorado, C. "*Derecho, suicidio y eutanasia*" Madrid 1994 pág. 12 y ss.

13 J.A. Gimbernat *Consideraciones éticas en torno a la huelga de hambre de los GRAPO*. Jueces para la Democracia nº 9, Abril 1990 pág. 40-41

14 G. Bodgan, *op. cit.* pág. 375-376

sición del tratamiento por su oposición a los dogmas médicos y a todas las reglas deontológicas, salvo en los casos de dementes o irresponsables. De esta forma hasta que se resolvió normativamente el problema con el artículo D 390 del Código de Procedimiento Penal de 1958, la opinión general de la medicina era que sus propias normas profesionales les impedían imponer alimentación a la fuerza pues primaba la voluntariedad de cualquier tipo de tratamiento médico frente a la opinión de la Administración que defendía el deber de mantener a los detenidos en buen estado de salud, lo que implicaba la alimentación forzada por sonda gástrica¹⁵.

2.1.3. Debate político-jurídico: 1974-1989 presos políticos de Irlanda y España

En los años cuarenta tanto en Irlanda como en España se dan algunos casos aislados de presos políticos en huelga de hambre como pueda ser la que mantuvieron los detenidos Mac Caugthy y Fleming en 1946 en las prisiones de Maryboregh y Belfast respectivamente y que provocaron que el primero de ellos sucumbiera a los veinte días y el segundo sin embargo resistiera más de sesenta, o la producida en 1945 en la prisión de Alcalá de Henares. Pero sin embargo es a partir de 1970 cuando se extienden y alcanzan una importante repercusión¹⁶. Así tanto en España como en Irlanda a partir de los años setenta surgieron diversos casos de huelga de hambre entre miembros de grupos terroristas como medio de protesta, entre ellos Michael Gaughan y Frank Staag miembros del IRA murieron en 1974 y 1976 respectivamente tras más de sesenta días de ayuno¹⁷. En el caso de España en 1972 un grupo de sacerdotes reclusos en la cárcel de Zamora, estuvo en huelga de hambre quince días hasta que fue-

15 G. Fully, *Los problemas planteados por la huelga de hambre en el medio penitenciario*. REP 1971 nº 194 pág. 1571

16 V. Moya Pueyo-J.D. Villalaín *La huelga de hambre*. Revista española de Medicina Legal nº 14-15 Enero-Junio 1978 pág. 62

17 V. Moya Pueyo-J.D. Villalaín *op. cit.* pág. 65. Higuera, G. *op. cit.* pág. 390

ron trasladados al Hospital Penitenciario donde la mantuvieron dieciséis días más hasta que volvieron a ser llevados a Zamora después de ser resueltos los problemas que la habían originado, y que se referían a criticar como contraria a los acuerdos con la Santa Sede la reclusión de sacerdotes en prisiones ordinarias pero separados del resto de reclusos¹⁸.

A ésta siguieron en 1974 numerosas huelgas de hambre motivadas por la protesta por las condiciones carcelarias o por decisiones de las autoridades penitenciarias, hasta que en 1989 la que decidieron mantener 48 presos del GRAPO reivindicando el reagrupamiento en un solo centro penitenciario ante la política de dispersión de presos emprendida por el Gobierno para impedir la formación de grupos, fue el detonante del importante problema jurídico creado al trasladar la institución penitenciaria la decisión de la ilicitud o no de la alimentación forzosa a los juzgados de vigilancia penitenciaria¹⁹.

2.2. Concepto y características

Con la perspectiva histórica de su evolución, se han dejado percibir como punto de partida algunos de los más importantes problemas que ocasiona el tema de la huelga de hambre en prisión, por lo que a continuación como premisa previa procede pasar a acotar el tema objeto de estudio para señalar sus características esenciales que le diferencian de otras figuras y que fijan los límites de su contenido.

La huelga de hambre conceptualmente significa la negativa a recibir alimentación, decisión que puede provocar según las circunstancias graves daños a la salud o incluso la muerte si tiene una duración prolongada y que en el seno penitenciario es

18 C. García Valdés *Régimen penitenciario en España*. Madrid 1975 pág. 195-198

19 J. Balaguer Santamaría, *Huelga de hambre en prisión: disponibilidad del derecho a la vida o simple manifestación de la libertad*. Ministerio Fiscal y sistema penitenciario Madrid 1992 pág. 265

de frecuente utilización por ser un eficaz medio de protesta al colocar a las autoridades en una situación altamente incomoda por los problemas que causa cualquier tipo de solución. De ello resulta que pueda definirse como el “*instrumento reivindicativo utilizado por presos y detenidos, consistente en negarse a recibir la alimentación suministrada por la institución carcelaria con el objeto de protestar o reclamar la modificación de cualquier situación judicial o penitenciaria*”, de lo que se derivan las siguientes características:

2.2.1. *Negativa a ingerir alimentos*: Mas que una característica supone su propia esencia hasta el punto que algunos médicos franceses prefieren la expresión “rechazo de alimentos o huelga de alimentación”²⁰ por ser más exacta, aunque se siga utilizando el de huelga de hambre por estar ya consolidado. El rechazo voluntario de alimentos va unido a épocas de prosperidad y alto nivel alimenticio por eso en épocas pasadas fundamentalmente unidas a conflictos bélicos no era de frecuente utilización por la carencia de alimentos.²¹ El ayuno puede ser total si no se toma ningún tipo de alimento sólido ni líquido, lo que es más infrecuente por ser muy rápido el deterioro orgánico y con ello más difícil de alcanzar las reivindicaciones que suelen ser a largo plazo²², o parcial en cuyo caso puede consistir en una dieta hídrica a base de agua o bien en el suministro de otro tipo de líquidos, que es la más frecuente.

2.2.2. *Ámbito penitenciario*: Hay quien entiende que esta característica es su presupuesto fundamental²³ al tener que ser

20 P.E. Hivert-J. F. Rivon *Greve de la faim en prison*. Revue pénitentiaire et de Droit Pénal 1970 pág. 637

21 V. Moya Pueyo-J.D. Villalaín, *op. cit.* pág. 61

22 A. Martínez-R.Hinojal *Autoagresiones en el medio penitenciario*. Revista española de Medicina legal n° 58-59 1989 pág. 63

23 C. Climent *Sobre la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre*. RGD Sept. 1990 pág. 6436-6437. Sin embargo Martínez Val, J.M. *Huelga de hambre y tratamiento médico*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados

“inevitablemente tenido en cuenta para resolver el problema”, ya que la falta de libertad conlleva la imposibilidad práctica de llevar a cabo unilateralmente la decisión de no ingerir alimentos desde el momento que involucra a la Administración que no puede ignorar un hecho de tal gravedad, a diferencia de quien se encuentra en libertad que puede llevar hasta el final su decisión de no alimentarse sin obstáculo alguno (incluso en un hospital se puede pedir el alta voluntaria), y además es un medio donde es frecuente que se den situaciones desesperadas²⁴. Por otro lado también se entiende que el entorno penitenciario requiere una mayor protección del derecho de huelga, pues la privación de libertad limita por sí misma otros medios de protesta que se disponen en el medio libre²⁵ y dificulta la comunicación en el exterior salvo recurriendo a métodos que produzcan un gran impacto social. Todo ello hace que el eventual conflicto se plantee entre vida y libertad limitadas a prisión, lo que le da unas especiales connotaciones.

La importancia del medio penitenciario y por tanto de la condición de recluso en aras a la respuesta jurídica ante la huelga de hambre se desprende sin ninguna duda de la sentencia 120/90 del Tribunal Constitucional sobre la huelga de hambre de los presos del GRAPO que llegaba a admitir que “la limitación a los derechos fundamentales de los internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa *podría resultar contraria a derecho si se tratara de ciudadanos libres*” (F.J.6), lo que no es una futura vía libre a los supuestos en libertad sino una falta de pronunciamiento del Alto Tribunal al que reiteradamente se le viene exigiendo una decisión frontal sobre la disponibilidad de la propia vida en

de Madrid nº 5 1990 pág. 106 entiende que la referencia a la situación de los reclusos no es la fundamental aunque se haya de tener en cuenta, pues argumenta la decisión del T.C. en cuanto a la intervención no tanto en la relación de sujeción especial sino en el espíritu de los artículos constitucionales

24 J.A. Gisbert Calabuig, *op. cit.* pág. 74

25 J.A. Gimbernat, *op. cit.* pág. 41

consonancia con la dignidad humana²⁶. Esta vía abierta a las situaciones de libertad, fue posteriormente tenida en cuenta por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 28 de Febrero de 1994 que resolvía el recurso de apelación presentado contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia que denegaba la petición de un enfermo tetrapléjico solicitando que se le provocase la muerte sin responsabilidad para el médico y se le respetase su derecho a no ingerir alimento, en su F.J. sexto declara que se puede dejar morir de hambre por ser una facultad natural y esencial integrada en el contenido jurídico de la persona ya que la decisión voluntaria y libre de no ingerir alimentos por parte de una persona forma parte de su patrimonio subjetivo de derechos y facultades²⁷.

2.2.3. *Carácter reivindicativo y político*: Evidentemente la huelga de hambre puede estar motivada por diversas causas sobre todo si es de tipo individual, pero lo más frecuente es utilizarla como medio público de protesta por la detención sufrida o para presionar e inquietar a las autoridades penitenciarias o judiciales²⁸ lo que hace que una de sus más importantes características sea la de ser un medio reivindicativo utilizado como protesta frente a una decisión considerada injusta²⁹ y que por tanto aun poniendo en peligro su vida la mayoría de los presos no tenga la intención de morir. La eficacia de este medio de presión

26 Como expresamente opinaba Martín Retortillo, J.L. "ni que decir tiene que se apetece una decisión del Tribunal Constitucional en que se enfrente abiertamente con el problema, por más que el tema sea delicado" *Derechos fundamentales en tensión (¿Puede un Juez ordenar una transfusión de sangre en peligro de muerte, aún en contra de la voluntad del paciente?)* Poder Judicial nº 13, 1984 pág. 39

27 *La eutanasia: aspectos éticos y jurídicos*. M. Casado Madrid 1994 pág. 64, texto íntegro de la resolución pág. 142 y ss.

28 E. Cuello Calón, *La moderna penología*. Tomo I Barcelona 1958 pág. 611

29 Díez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre ...* cit. pág. 619. Algunos autores se sirven de este carácter de protesta política y resistencia pasiva para diferenciario de las actitudes suicidas. M^a J. Agra *Sobre la huelga de hambre en prisión* Jueces para la democracia nº 9 Abril 1990 pág. 38

se debe a que en conexión con la anterior característica se conocen las obligaciones asistenciales de la Administración³⁰ y por tanto que no va a ser ajena al conflicto, lo que ratifica su carácter de desafío y de presión al poder. Su capacidad disuasiva se plasma en la voluntad del huelguista de llevarla a cabo hasta sus últimas consecuencias lo que podrá producir en su caso un diálogo con las instituciones, por eso si se impide ese extremo se recortará el derecho a poder ponerla en práctica³¹ ya que no deja de ser la imposición de una condición resolutoria expresa³² a través de la cual el huelguista traslada psicológicamente la decisión sobre su destino a las autoridades forzandoles hacia un cambio de postura.

Las reivindicaciones judiciales o penitenciarias perseguidas de esta forma pacífica³³ adquieren el carácter y significado político desde el momento en que por su necesaria trascendencia y resonancia social colocan al Estado en una posición comprometida, lo que hace que muchas veces el huelguista conseguida su finalidad de difusión la abandone cuando se presenta un riesgo grave de muerte³⁴. Este carácter reivindicativo implica que generalmente se trate de huelgas colectivas con trasfondo político ya que en el caso de delinquentes comunes además de no durar mucho tiempo suelen disolverse por la falta de cohesión interna³⁵ y su carácter político explica que la aparición de las huelgas de hambre en el ámbito penitenciario haya ido frecuentemente unida a movimientos revolucionarios, testimo-

30 Balaguer, J. *op. cit.* Ministerio Fiscal... pág. 266

31 J.A. Gimbernat *op. cit.* pág. 41. El recluso no solo quiere llegar a sus últimas consecuencias sino que trata de demostrar la injusticia de la decisión o actitud penitenciaria, Kaiser/Kerner Schöch *Strafvollzug Lehrbuch* 3ª Ed 1982 pág. 404.

32 Balaguer Santamaría, J. *Disponibilidad del derecho ... cit.* pág. 105.

33 El carácter pacífico de la huelga de hambre como reivindicación carcelaria se contrapone a la naturaleza generalmente violenta del motín.

34 Diez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*. CPC nº 30 1986 pág. 605

35 G. Fully, *op. cit.* pág. 1568-1569

niales o de grandes cambios políticos y sociales, como prueba de ello citan Moya y Villalaín³⁶ las aparecidas en Francia por la política argelina sobre los años 60, en Irlanda o India por su respectiva independencia o en España en los años de la transición. Por eso el contexto político de estas huelgas ha de ser necesariamente tenido en cuenta para su solución, y muy especialmente si se trata de presos pertenecientes a bandas terroristas donde la cuestión de Estado puede reavivar el arma de la defensa estatal³⁷.

2.2.4 Aspectos médicos: síntomas, diagnóstico y tratamiento: Como en toda huelga de hambre hay un posible riesgo para la vida, resulta necesario delimitar aquellos aspectos médicos capaces de precisar la sintomatología del proceso, la proximidad del peligro y su tratamiento más adecuado. Señala Fully³⁸ como *síntomas* más frecuentes “la astenia, fatigabilidad progresiva con debilitación del estado general, adelgazamiento, apatía, sensación de frío, caída de la tensión arterial con enlentecimiento cardiaco o bien otras veces aceleración lo que obliga a vigilar con regularidad el ritmo y tensión arterial...” aunque en la primera semana no suele haber riesgos hay que vigilar la glucemia y el ritmo cardíaco. Si el sujeto sigue bebiendo la evolución es lenta y se dirige a un estado caquético de desnutrición y fatiga con peligro de complicaciones cardíacas, cuyo mejor tratamiento es el agua preferiblemente azucarada ya que la falta de agua produce la deshidratación e hipotensión.

El *diagnóstico* de una huelga de hambre sin tomar ningún tipo de alimento sólido o líquido es de importantes complicaciones renales y agravación rápida en siete u ocho días, sin embargo sin tomar alimentos pero bebiendo es posible resistir más de veinte días (Moya-Villalaín señalan que puede llegarse a

36 V. Moya-J.D. Villalaín, op. cit. pág. 62

37 Precisamente por tratarse de un tema delicado se requiere la reflexión pausada, el debate y la lógica democrática, M^a J. Agra, op. cit. pág. 38

38 G. Fully op. cit. pág. 1573 y ss.

los 60 días). A partir de entonces sin tener en cuenta su legitimación desde el punto de vista deontológico y jurídico (cuestión que origina un debate propio, y que más adelante se abordará) surgirá la necesidad de intervenir. Aunque cada caso tiene unas características propias que dependen de la edad, fortaleza y demás peculiaridades del sujeto, desde el punto de vista médico hay diversidad de opiniones pero se puede entender que se dan las condiciones para un inmediato peligro para la vida después de siete días de ayuno total, si han transcurrido veinte días con terapia de soporte o se haya perdido 1/3 del peso inicial y en todo caso cuando aparezcan los primeros síntomas de alarma como alteraciones cardíacas, un valor de glucemia mínimo etc...³⁹.

Respecto al *tratamiento* aunque en cada caso haya que valorar qué tipo de alimentación es la más adecuada⁴⁰, se ha entendido preferible la perfusión intravenosa a cualquier otra medida coactiva como pueda ser la sonda gástrica por su mayor naturaleza violenta, y en todo caso incidir en la conveniencia de mantener la voluntaria ingestión de agua. Si el sujeto consiente puede haber intervenciones terapéuticas colaterales como terapia de soporte consistente en el suministro parenteral de soluciones glucosas, electrolíticas y aminoácidos. Hay que precisar que en algunos casos de ayuno prolongado no es suficiente el recurso a la alimentación para salvar la vida del paciente⁴¹, pues si se da una situación clínica aguda pueden ser necesarios procedimientos terapéuticos de urgencia al margen de dicha alimentación que no pueden demorarse dada la gravedad alcanzada. En definitiva el tratamiento médico adecuado empieza por el ofrecimiento de la terapia de soporte, seguido de un control médico periódico suficiente y preparado para actuar en caso de urgencia, unas instalaciones adecuadas para no empeorar sus condiciones y en todo caso una información adecuada sobre su

39 M. Parziale y A. Ponti *Il medico e la alimentazione forzata del detenuto* Rassegna penitenziaria e criminológica 1983-1 pág. 154

40 J.A. Gisbert Calabuig, *op. cit.* pág. 75

41 M. Parziale y A. Ponti, *op. cit.* pág. 151

evolución que le haga conocedor de las consecuencias del ayuno prolongado.⁴²

2.3. Su diferencia con el suicidio y otras figuras afines

La distinción entre huelga de hambre, suicidio y negativa a recibir tratamiento médico es esencial para valorar la legitimación de la intervención médica sin el consentimiento del recluso en los supuestos de huelgas de hambre⁴³.

2.3.1. La finalidad reivindicativa como característica distintiva de la huelga de hambre frente a la voluntad de morir del suicidio

En primer lugar la huelga de hambre reivindicativa como medio de protesta con las características anteriormente citadas se distingue de la conducta del suicida cuyo elemento primordial es precisamente la presencia de la voluntad de morir⁴⁴, en ella no interesa el móvil⁴⁵ que la ha provocado sino solo que se acepte de una forma libre la propia muerte⁴⁶, de donde surge el

42 M. Parziale y A. Ponti, *op. cit.* pág. 153

43 Gomariz i Parra, R. *Algunas consideraciones sobre las huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito penitenciario*. La Ley 1990-3 pág. 904

44 Torío, A. *La noción jurídica del suicidio*. Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Prof. Serrano y Serrano. Valladolid 1965 pág. 658. Esta decisión de morir requiere una motivación espontánea según Torío, pág. 667, ausente en los casos de fuerza, violencia, amenaza o engaño.

45 Desde el punto de vista ético señala J.L. Barbero distintas situaciones que sería injusto calificar de suicidio, entre ellas junto a la huelga de hambre cita el autoabandono de los ancianos familiares para proteger el equilibrio familiar de una carga inútil, dedicarse a cuidar enfermos leprosos en las antiguas condiciones sanitarias o la muerte del prisionero para evitar el mal en su familia, a pesar de que en todas ellas queda el matiz de la donación de la propia vida en favor de otra vida en situaciones límite. *El conflicto entre la vida y la libertad*. Madrid 1984 pág. 51

46 Entiende Bajo Fernández que no hay voluntad suicida cuando el sujeto se pone en peligro grave de muerte con diversos fines desplegando medios, aunque mínimos, para conservar la vida. *Manual de Derecho Penal (PE) delitos contra las personas*. 2ª Ed. Madrid 1991 pág. 78

concepto jurídico de suicidio referido a la muerte querida por una persona imputable. De esta manera la finalidad o elemento subjetivo que mueve al sujeto en ambos casos son distintos, pues en el suicidio la finalidad es destruir la propia vida y en la huelga de hambre la finalidad es alcanzar su reivindicación y conseguir mejoras penitenciarias o la modificación de una situación considerada injusta⁴⁷. En este sentido Muñoz Conde entiende que en ningún caso mientras el recluso está consciente puede entenderse la huelga de hambre reivindicativa como un auténtico suicidio, pues la voluntad es conseguir su objetivo, no morir y Cobo-Carbonell añaden que aunque el huelguista admita las consecuencias de su actitud la huelga de hambre “no es un genuino suicidio”⁴⁸.

En segundo lugar la presencia de esa finalidad de protesta como característica distintiva de la huelga de hambre en el marco penitenciario, le separa también del supuesto general de eutanasia voluntaria en que un paciente rechaza un tratamiento médico que solo va a prolongar su agonía hasta la irreparable muerte en los que existe una voluntad clara del enfermo de no seguir viviendo en esas condiciones, y de alcanzar una muerte lo más digna posible, por eso el conflicto no se plantea entre la vida y la muerte sino entre su prolongación y el sufrimiento que

47 Diez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre...* cit pág. 609. Mapelli, B. *Principios fundamentales ...* cit. pág. 291. También el T.C. en sentencia 120/90 (F.J. nº7) entiende que los huelguistas no son 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 ...*”

48 Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 9ª Ed Valencia 1993 pág. 73. Cobo-Carbonell *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia 1990 3ª Ed. pág. 559. Wagner, J. *Selbstmord ...* cit. pág. 11 refiriéndose a la huelga de hambre emprendida por los miembros de la banda Baader-Meinhof también afirma que no se trata de un suicidio en sentido clásico pues no quieren terminar con su vida sino conseguir concretos fines para seguir viviendo, el propósito es distinto aunque coincidan en poner en juego su vida.

ello conlleva⁴⁹; en estos casos la intervención del médico ondea sobre la absoluta inutilidad de cualquier tipo de terapia frente a la finalidad de aliviar el sufrimiento⁵⁰.

Y por último también hay que tener en cuenta que del rechazo al tratamiento médico por motivos religiosos⁵¹ le separa el hecho de que el huelguista no se mueve por actitudes morales o de conciencia, sino que su acto de protesta materializado en el rechazo de alimentos, persigue finalidades ulteriores, lo que se ha conectado con la desobediencia civil indirecta donde se incumple una norma o decisión para conseguir la modificación de otra que se considera injusta⁵². Luzón Peña añade que también es diferente el modo de iniciarse el proceso causal ya que mientras en la huelga de hambre (y en suicidio) es el sujeto quien al negarse a recibir alimentos decide libremente poner su vida o salud en peligro, en el rechazo de tratamiento médico por motivos religiosos el proceso causal se inicia por causas naturales⁵³, sin embargo Juanatey disiente de estas afirmaciones al

49 González Rus, J.J. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. coord. Cobo del Rosal vol I Madrid 1993 pág. 104

50 Iadecola, G. *I doveri del medico nel trattamento dei morenti*. La Giustizia Penale 1989 pág. 248

51 Hay que tener en cuenta también que pese a ser similares no son coincidentes entre sí los casos de eutanasia, auxilio al suicidio, y rechazo del tratamiento por motivos religiosos, Romeo Casabona, C. *El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada 1987 n° 13 Homenaje al Sainz Cantero II pág. 190.

52 L. Prieto, *La objeción de conciencia* en Curso de Derecho Eclesiástico. J.C. Iban-L. Prieto-A. Motilla. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Madrid 1991 pág. 385, sin embargo a pesar de esta diferencia los problemas que se plantean son bastante similares. Con el derecho de resistencia como manifestación de libertad genérica la conecta López Benítez, M. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción* 1ª Ed Madrid 1994 pág. 425

53 Luzón Peña, D.M. *Estado de necesidad ...* cit pág. 52. Precisamente en esta diferencia es donde apoya Gomariz (op. cit. pág. 905) que en la huelga de hambre quepa hablar de suicidio por dolo eventual y en el rechazo al tratamiento no quepa tal calificación.

entender que la diferencia no se encuentra en el origen sino en que se pueda imputar objetivamente el resultado muerte a la conducta activa o pasiva del sujeto o a un proceso natural, con lo cual para hablar de suicidio junto a la voluntad de morir exige la presencia del nexo causal entre esa voluntad y la producción de la muerte⁵⁴. Finalmente existe otra distinción y es que mientras en la alimentación forzosa en principio no hay riesgos intrínsecos⁵⁵, en la transfusión de sangre sí los hay (como puedan ser junto a las incompatibilidades, el contagio de enfermedades tan graves como la leucemia, hepatitis o S.I.D.A.) y además existen sustitutivos a ella que no suponen un riesgo mayor⁵⁶, esto provoca una gran diferencia y es que mientras que la transfusión no es necesariamente la única solución ante una situación de grave peligro, la alimentación forzosa tras un dilatado ayuno voluntario sí suele ser generalmente la única forma de resolver estos casos salvo casos excepcionales en que la gravedad sea tal que aconseje una intervención más aguda.

2.3.2. Posibilidad de dolo eventual de muerte

Aunque anteriormente se ha señalado que la diferencia más relevante entre la huelga de hambre y el suicidio es la presencia en este último y ausencia en la primera de la voluntad o intención de morir, del alcance que se dé a esa voluntad depende que se pueda admitir junto a los supuestos de dolo directo de primer grado (en que el sujeto persigue finalísticamente su pro-

54 Juanatey Dorado, C. *Derecho, suicidio y eutanasia*. Madrid 1994 pág. 192

55 Bajo Fernández, M. *Agresión médica...* cit pág. 138 admite que a diferencia de las transfusiones de sangre, el suministro de alimentos forzoso no entraña riesgo alguno. Esto significa que en sí misma la alimentación forzada no es perjudicial pero habrá que estar al caso concreto para determinar los riesgos que puede ocasionar en el sujeto si tras un largo ayuno se le suministra alimento.

56 Entre los empleados más usualmente se encuentran la solución salina (0,9%), solución lactada de Ringer, soluciones con coloides o la utilización de un equipo mecánico que filtre la propia sangre del paciente que fluye al exterior. *Journal of the American Association* 1981 cit. por Ginés J. Vera (Tribuna Universitaria Valencia 1 de febrero de 1995)

pia muerte) también los de dolo directo de segundo grado o dolo eventual en los que el sujeto no persigue directamente la producción de un resultado pero la acepta como necesaria o probable consecuencia. De esta manera en los supuestos en los que el sujeto no quiera su propia muerte pero la acepte⁵⁷ como probable consecuencia de su rechazo a la ingestión de alimentos se plantea la posibilidad de un supuesto de suicidio con dolo eventual; las consecuencias de ello tienen una gran relevancia jurídico-penal pues en esos casos las conductas que colaborasen en dicha muerte (como la abstención de actuar) se tendrían que resolver con arreglo a la figura del auxilio al suicidio.

Algunos autores como Bajo Fernández, Jorge Barreiro, Bueno Arus o Rodríguez Mourullo⁵⁸ limitan el concepto de suicidio solo a los casos en que esté presente inequívocamente la voluntad de morir, y en sentido contrario otros como Diez Ripollés, Romeo Casabona o Silva Sánchez admiten también los casos de dolo eventual⁵⁹; particular en este sentido es la postura de Silva Sánchez que junto al suicidio activo admite la posibilidad de suicidio pasivo para los casos en que el sujeto se deja morir (supuesto del rechazo de medicación o no ingestión de alimentos en caso de huelga de hambre)

Sin embargo la característica distintiva de la huelga de hambre reivindicativa es precisamente que el recluso se sirve de ella como medio de expresión y protesta en el ejercicio de su libertad con la finalidad de presionar a las autoridades a adoptar

57 Sobre la distinción entre el riesgo de muerte que conllevan algunas actividades y la muerte segura que sobreviene tras un largo periodo de tiempo sin alimentación: Atienza, M. *La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO*. Jueces para la Democracia nº 9 Abril 1990 pág. 35.

58 Bajo Fernández, M. *La intervención ...* cit. pág. 495 nota 7, Jorge Barreiro, A. *La relevancia...* cit pág. 20, Bueno Arus, F. *Límites del consentimiento...* cit. pág. 14, Rodríguez Mourullo, G. *La omisión...* cit pág. 247.

59 Diez Ripollés, J.L. *La huelga...* cit. pág. 609, Romeo Casabona, C. *El médico...* cit pág. 375, Silva Sánchez, J.M. *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*. ADPCF 1987 Tomo XL pág. 457 y *La responsabilidad penal del médico por omisión* La ley 1987-I pág. 961

una determinada decisión, su actitud no es suicida⁶⁰ sino de arriesgar para su petición algo de lo que puede disponer libremente, por eso relacionar la huelga de hambre con el suicidio es desviar su verdadera esencia consistente en ser un medio de lucha reivindicativa de carácter pacífico que surge como consecuencia de una decisión jurídica o política cuya legitimación está en cuestión y que presenta el riesgo de quedar en un segundo plano si se centra el debate en una cuestión secundaria en este caso (no por su importancia que es evidente sino porque su solución seguramente no difiere de la que se pueda presentar respecto al ciudadano libre), como es si el recluso puede o no disponer libremente de su vida. De este modo al recluso su postura huelguista le sirve de medio reivindicativo pero en cuando decae éste interés y desea la muerte la problemática de la huelga de hambre desaparece para dejar paso a la de la disponibilidad de la propia vida, con lo que se podría pensar que de alguna manera la huelga de hambre está reñida con la intención de morir pues la reivindicación necesita la vida como vehículo de expresión.

Se ha dicho que la posibilidad del dolo eventual solo debe aceptarse en los supuestos extremos de mayor gravedad⁶¹ en que el sujeto manifiesta de forma reiterada su voluntad de morir si no consigue su reivindicación bien desde el principio o al acercarse un mayor peligro para su vida, pero en los demás supuestos no se puede asimilar al suicidio pues la mayoría de los

60 Silva Sánchez, J.M. *Causación...* cit. pág. 457 nota 21 reconoce una diferencia psicológica cuando falta la específica intención de morir pero ello no le parece suficiente para justificar su distinción jurídica

61 En este sentido Diez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre...* cit. pág. 610 y Gomariz, *op. cit.* pág. 905. Sin embargo Bajo Fernández, M. *Agresión médica y consentimiento del paciente*. CPC nº 25, 1985 pág. 134 entiende que para hablar de suicidio es necesario que el sujeto dirija su voluntad a la producción de su muerte, lo que no ocurre cuando el sujeto se pone en peligro grave de muerte con diversos fines desplegando medios, aunque mínimos, para conservar la vida, también en éste sentido Jorge Barreiro, A *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico*. CPC nº 16, 1982 pág. 20

presos no tienen ningún deseo de morir⁶² sino que es evidente que su voluntad es vivir pero con distintas condiciones penitenciarias o judiciales, en definitiva vivir mejor su situación carcelaria, de hecho si quisieran morir podrían emplear otros medios. No obstante, al margen de estas apreciaciones, respecto a la admisión o no del dolo eventual habría que tener en cuenta dos cuestiones: la primera es que por ser una categoría prevista para el delito su construcción es válida para determinar la voluntad existente en la actuación delictiva pero no parece adecuada para perfilar el concepto de suicidio, y en segundo lugar, que aun admitiendo que la aceptación por el recluso de su posible muerte pueda conducir al dolo eventual, no es suficiente para poder afirmar que la huelga de hambre sea un acto de renuncia inequívoca del derecho a la vida ni mucho menos el ejercicio de un pretendido derecho a la propia muerte⁶³.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 120/90 de 27 de Junio sobre la alimentación forzosa a los miembros del GRAPO que se habían declarado en huelga de hambre, rechazó también la voluntad de morir en los huelguistas al expresar en su F.J. nº7 (reproducido en el F.J. nº 5 de la sentencia 137/90 de 19 de Julio) que en dicha postura los reclusos asumen un riesgo que *“no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida. Puede ser la muerte de los recurrentes consecuencia de su protesta reivindicativa, pero **no un resultado directamente deseado que permitiese hablar, en el caso de que existiese, de ejercicio del derecho fundamental a la propia muerte...**”*

62 Cuello Calón, E. *La moderna Penología* cit. pág. 611, Juanatey, C. op. cit. pág. 331.

63 Bajo Fernández, M. *Prolongación...* cit. pág. 723 nota 58, Climent, C. *Sobre la asistencia...* cit. pág. 6444, Juanatey, C. op. cit. pág. 195 termina de rechazar la posibilidad de trasladar la problemática del dolo eventual entendiendo que aun en esos casos, el sujeto carece de la capacidad necesaria de intervención para evitar el resultado que depende de la actuación de un tercero.

De esta manera se puede concluir que la huelga de hambre no es propiamente un suicidio ni se puede calificar genuinamente como tal por no estar clara y evidentemente presente la voluntad de morir propia del suicidio sino por el contrario la intención de expresar de ese modo una reivindicación de carácter judicial, penitenciario o político; por ello solo los casos más graves en que el sujeto manifieste reiterada y expresamente su voluntad de prolongar su protesta hasta el final, admitiendo con ello su propia muerte, se podrían acercar más estrechamente al suicidio pues en ellos la muerte se manifiesta como un resultado no deseado directamente pero sí aceptado como consecuencia necesaria de la no ingestión prolongada de alimentos.

3. LA HUELGA DE HAMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En este lugar hay que distinguir en primer lugar la responsabilidad jurídica que puede derivarse del comportamiento del preso huelguista, bien disciplinaria por su condición de recluso sometido al cumplimiento de unas determinadas obligaciones, cuya regulación queda dentro de las normas penitenciarias, o bien incluso si desde el punto de vista penal se puede generar algún tipo de responsabilidad con este modo de presionar a las autoridades penitenciarias. Cuestión distinta es si de la alimentación forzosa a través de la intervención médica coactiva se deriva algún tipo de responsabilidad, en este caso las normas a tener en cuenta han de ser en primer lugar las penitenciarias, por si entrañan algún deber específico respecto a estas situaciones, en un segundo plano las normas internacionales que protegen los derechos humanos y las deontológicas, pues el personal médico ha de respetar los códigos éticos propios de su profesión y por último merece una atención más detallada considerar las posibles consecuencias jurídico-penales que puedan desprenderse de la alimentación forzosa impuesta contra la voluntad del recluso.

3.1. Responsabilidad del huelguista

3.1.1. *Disciplinaria*

En este apartado se trata de examinar si de la legislación penitenciaria actual y más inmediatamente precedente se puede derivar sanción disciplinaria alguna para el recluso en la hipótesis de que la huelga de hambre quede dentro de cualquiera de las infracciones penitenciarias de las que se generan consecuencias disciplinarias.

A) Reglamento de los Servicios de prisiones de 2 de Febrero de 1956

Durante la vigencia de este Reglamento la huelga de hambre no tenía una regulación específica⁶⁴ pero el criterio general era entender que la huelga de hambre constituía una falta disciplinaria de plante, desorden o insubordinación grave castigándose conforme al artículo 112 del Reglamento con aislamiento celular temporal⁶⁵. El Tribunal Supremo en algunas ocasiones en las que tuvo ocasión de manifestarse resolviendo recursos administrativos contra las sanciones disciplinarias impuestas, como en las sentencias 13.4.1971(R.2210), 31.3.77 (1467) ó 23.4.76(R. 2385), califica como plante este proceder y por tanto incluíble en la falta prevista en el artículo 112.3 del Reglamento, fundamentando su decisión en que la abstención de comer se da con un “concierto de voluntades de una forma ostensible y patente”.

La figura del plante o rebeldía colectiva tenía una gran importancia como ataque al principio de autoridad, principal

64 Lo que si contemplaba el Reglamento de 1956 en su artículo 256 es el derecho del preso a renunciar a su alimentación ya que en caso de renuncia, su ración quedaba en beneficio de la de los demás, pero esto en modo alguno autorizaba a la huelga de hambre. V.Moya- J.D. Villalafán, op. cit. pág. 67

65 Fully, G. *Los problemas...* cit. pág. 1573. García Valdés, C. *Régimen penitenciario en España (Investigación histórica y sistemática)* Madrid 1975 pág. 197.

66 Destacaban este carácter de indisciplina de la huelga de hambre y el plante con exigencias de sanción reglamentaria e incluso penal: Sánchez, L. *Plantas* REP 1945 nº 5 pág. 79, Castellano, P. *Plantas* REP 1965 Nº 168

inspirador de la vida regimental⁶⁶. Así la última de las sentencias anteriormente citadas que ratificaba una sanción de veinte días de aislamiento por la declaración de huelga de hambre de un recluso en unión de otros 37, señala en su cuarto considerando: *“...aun estimando que el comer o el ayunar sea un derecho de la persona que merece respeto y protección, en determinadas ocasiones, sin embargo, tal derecho en su ejercicio puede encontrar limitaciones nacidas de una situación especial de dependencia... en cuanto ostensiblemente pueden suponer quebranto del orden o de la disciplina del establecimiento...”* reconociendo con ello que la iniciación de una huelga de hambre protagonizada en este caso por 36 internos *“altera o puede alterar el orden del establecimiento”* por lo que tal situación devengaría en orden al cumplimiento de las obligaciones consustanciales al régimen de internado, y por los problemas técnico-sanitarios que se causarían al establecimiento por la insuficiencia de medios. De estas apreciaciones puede resultar importante destacar que el Tribunal apoya la gravedad de la infracción en los incumplimientos e inconvenientes futuros, que se pueden ocasionar con la huelga de hambre, más que en los que realmente ya ha provocado, con la contradicción que ello supone con principios de especial relevancia penal como el principio del hecho o el de principio de presunción de inocencia, y además que esa pretendida alteración del orden público de darse no será por la huelga de hambre sino por las acciones violentas que pueden acompañarla tales como motines o revueltas, y es que parece que los Tribunales asociaban esta forma de petición con la quiebra del buen funcionamiento del establecimiento.

Posteriormente las Ordenes Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 13 de Abril de 1978 apartado 5.4 y de 31 de Mayo punto 6 realizaron una nueva interpretación del Reglamento al no considerar infracciones disciplinarias a las huelgas de hambre llevadas a cabo de *“forma pacífica sean individuales o colectivas, y como medio de protesta o reivindicación siempre que no signifiquen premeditada*

incitación al plante, conlleven alteración grave del orden o se acompañen de coacciones o amenazas”⁶⁷ Sin embargo después de la entrada en vigor de la Constitución todavía persiste la doctrina declarada en la última de las sentencias señaladas como la STS de 18.2.80 (737) que expresa en su tercer considerando “... *el ejercicio del derecho a no ingerir alimentos puede encontrar limitaciones en las situaciones jurídicas de especial sujeción cuando dicha conducta excede del ámbito estrictamente individual para convertirse en una actitud de presión más o menos coordinada que entrañe quebranto del orden o de la disciplina a que vienen sometidas las personas que se encuentren subordinadas a esa especial sujeción o dependencia y éste es el supuesto del caso de autos en que el apelante en compañía de otro recluso y coincidiendo con otros seis iniciaron una huelga de hambre como protesta contra las penas de muerte solicitadas en el llamado proceso de Burgos , dando lugar con ello a una anomalía en la vida de la prisión mediante una actitud que excede del ilícito acto de renuncia de una ración...*”

B) Reglamento Penitenciario de 1981

Con la aprobación de la nueva normativa penitenciaria acorde con la Constitución de 1978 la situación es distinta, sobre todo cuando en 1984 se modificó el Reglamento Penitenciario suprimiendo una serie de conductas, entre las que podían incluirse las huelgas de hambre, del catálogo de faltas. Con ello aunque no haya una mención expresa, las huelgas de hambre podrían calificarse como *faltas muy graves* en calidad de planes o desordenes colectivos del artículo 108 a) del Reglamento penitenciario, o bien como *falta grave* en calidad de resistencia pasiva al cumplimiento de las ordenes de las autoridades o funcionarios del artículo 109 b), y particularmente las individuales cabría considerarlas *falta leve* como desobediencia a las ordenes de los funcionarios del artículo 110 b), como formulación de quejas fuera de los cauces reglamentarios del apartado c) del

67 García Valdés, C. *Comentarios a la legislación penitenciaria*. 2ª Edic. Madrid 1982 pág. 127.

mismo artículo, o como el incumplimiento de deberes genérico del apartado f)⁶⁸. En todo caso todas estas calificaciones son ciertamente forzadas y por tanto en lugar de ser generalizables solo debe recurrirse a ellas para supuestos excepcionales y de especial gravedad⁶⁹ que presenten claramente los requisitos que señala el Reglamento (desordenes colectivos, alteraciones graves del orden...) pues al fin y al cabo en ningún caso expresamente se alude a la huelga de hambre.

Con el nuevo Reglamento Penitenciario (R.D. 190/1996 de 9 de Febrero) que ha de entrar en vigor el 25 de Mayo de 1996 la situación no se modifica ya que mantiene vigentes los artículos 108, 109 y 110 del Reglamento de 1981.

Con las excepciones formuladas conforme a la legislación penitenciaria la huelga de hambre es un medio lícito de protesta reivindicativa y por ello han de rechazarse aquellas posturas que consideran que se trata de un “abuso de derecho” es decir, abuso de los derechos fundamentales en base a negar su licitud por la finalidad de presionar⁷⁰. El Tribunal Constitucional emplea una referencia similar al entender en s. 120/90 F.J.7 que no es lo mismo usar de la libertad para fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley, lo que fue objeto de un acertado rechazo en el voto particular formulado por el Magistrado Rodríguez Piñero. El Tribunal Constitucional veía la ilicitud en que el interno ponía de una forma arbitraria al Estado ante el injusto de modificar una decisión judicialmente todavía no anulada o contemplar pasivamente la muerte de quienes tiene

68 Díez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre...* cit pág. 612. Gomariz, R. *Algunas consideraciones...* cit pág. 910

69 Bueno Arús, F. reserva la consideración de infracción disciplinaria exclusivamente a las huelgas de hambre que se lleven a cabo con el propósito de alterar la seguridad o convivencia ordenada dentro del establecimiento “*Prohibición general de malos tratos*” Comentarios a la legislación penal Tomo VI vol 1º pág. 135 Madrid 1986 pág. 135

70 Atienza, M. *La argumentación...* cit pág. 32, *Tras la Justicia...* cit. pág. 95 y 109 expresa su total oposición a la postura mantenida en dicho sentido por M.A. Aparicio en el diario *El País* de 7.3.90.

bajo su custodia, con lo cual además de condicionar la decisión de la alimentación forzosa a la legitimidad de los fines perseguidos con la huelga, supone trasladar el problema al contenido y medio empleado en la reivindicación; en este sentido la doctrina alemana ha entendido que precisamente por el carácter político y simbólico de la huelga de hambre y su intento de situar al adversario ante una injusticia política entre la espada y la pared hacen que el Estado como parte afectada en el diálogo pierda su legitimación para interrumpirlo violentamente⁷¹.

3.1.2. Penal

Las figuras delictivas que más frecuentemente se relacionan con la declaración de una huelga de hambre son los delitos de amenazas y coacciones. El delito de amenazas incide en la fase decisoria de la voluntad⁷² y la huelga de hambre en sí pretende incidir en la toma de decisiones de terceros pero el mal amenazado no se dirige a la persona amenazada o su familia⁷³, como exige el tipo legal, sino a sí mismo al propio amenazante, como es el hecho de poner en peligro la propia salud del huelguista, siempre teniendo en cuenta que la presión a las autoridades que conlleva la declaración de huelga de hambre supone un medio de protesta que en sí mismo no está prohibido por la legislación penitenciaria aunque lo pueda ser según el modo de llevarla a cabo, por eso en absoluto hay base alguna para entender que de ello pueda derivarse responsabilidad penal al huelguista⁷⁴. Por su parte el delito de coacciones, que ya incide en la fase ejecutiva de la voluntad, consiste en imponer a otra perso-

71 Kaiser-Kerner-Schöch, *Strafvollzug* 2ª Ed 1978 pág. 275

72 Mira Benavent, J. *El concepto de violencia en el delito de coacciones*. CPC 1984 pág. 125

73 Muñoz Conde, F. *DPPE* ... cit pág. 143 la intimidación ha de ser objetivamente adecuada y recaer sobre el amenazado o su familia por ser el bien jurídico protegido el sentimiento de seguridad o de tranquilidad.

74 Luzón Peña, D.M. *op. cit.* pág. 51 nota 15. Díez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre* ... cit. pág. 611, Gomariz, R. *op. cit.* pág. 910

na un comportamiento determinado violentamente contra su voluntad ya que el bien jurídico protegido es la libertad de obrar⁷⁵. La conducta puede consistir en impedir hacer algo que la ley no prohíbe o compeler a otro a hacer lo que no quiera sea justo o injusto con empleo de la violencia. El concepto de violencia en contra de una constante posición jurisprudencial es preferible identificarlo con el de “violencia física”⁷⁶, elemento que en modo alguno concurre en estos casos ya que si se equipara como tal a la intimidación, además de no ser correcto por suponer una interpretación extensiva, remite al supuesto de amenazas ya excluído anteriormente⁷⁷.

3.2. Regulación legal de la huelga de hambre

3.2.1. Normas internacionales y deontológicas

La alimentación forzosa suministrada al recluso que se ha declarado en huelga de hambre ha de partir de dos iniciales premisas, se trata de un sujeto privado de libertad y por ello cualquier decisión que se tome al respecto ha de respetar los Convenios internacionales que protegen sus derechos fundamentales, y al no contar con la voluntad del huelguista su solución no dista mucho de la del tratamiento médico coactivo, por ello hay que tener también en cuenta las normas deontológicas que recogen el código moral de la profesión médica.

75 Mira Benavent, J. *op. cit.* pág. 121.

76 Mira Benavent, J. *op. cit.* pág. 133 y ss. Además de la confusión que se produciría entre amenazas y coacciones entre las razones alegadas en pág. 157 destaca la que entiende que cuando el Código ha querido asimilar la fuerza con la intimidación así lo ha expresado.

77 Diez Ripollés y Luzón (*op. y pág. cit.*) excluyen por ello la posibilidad de coacciones pero Gomariz (*op. y pág. cit.*) de acuerdo con la línea jurisprudencial que admite como violencia también la intimidatoria no ve inconveniente en admitir la calificación de la huelga de hambre como falta disciplinaria de coacciones, aun admitiendo la general opinión de que no sean susceptibles de sanción (pág. 911).

A) Textos internacionales

La discusión sobre los efectos jurídicos de la intervención coactiva frente a la huelga de hambre afecta a una serie de derechos fundamentales de personas privadas de libertad, lo que remite la atención a una serie de textos internacionales directamente implicados como son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950, el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966, la Convención de Nueva York contra la tortura de 1984 o las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1957 de las Naciones Unidas (cuyos procedimientos de aplicación se aprueban definitivamente por Resolución 1984/47 de 25 de Mayo) y las Reglas penitenciarias europeas del Consejo de Europa aprobadas en 1973 y revisadas en 1987.

Tanto las Reglas mínimas como las Reglas europeas carecen de fuerza para vincular a la comunidad internacional y por ello vienen a ser solo principios generales orientadores con carácter de recomendación y un gran valor de compromiso para los sistemas penitenciarios que las adopten. En las Reglas mínimas no existe una declaración que designe la obligación de la Administración Penitenciaria en estos casos ya que el artículo 25.1 declara que los médicos son los encargados de velar por la salud física y mental de los reclusos, sin embargo en las Reglas penitenciarias europeas el artículo 3 recoge entre los objetivos del tratamiento a la salud y la dignidad del recluso lo que se ha entendido como una referencia más específica⁷⁸.

78 García Arán-de Solá Dueñas, *Legislació penitenciaria europea comparada*. Barcelona 1991 pág. 22-95-122. Balaguer Santamaría, J. C *Huelga de hambre en prisión: disponibilidad del derecho a la vida o simple manifestación de voluntad*. Ministerio Fiscal y sistema penitenciario Madrid 1992 pág. 270, con lo que según este autor se obvia cualquier compromiso especial de la Administración penitenciaria con la vida del recluso.

B.) Normas deontológicas

La deontología es un conjunto de normas morales que deben respetarse en el ejercicio de una profesión permitiendo que la disciplina profesional sancione los comportamientos que violan tales reglas morales aunque no supongan un ilícito jurídico⁷⁹. De esta manera los códigos deontológicos médicos son todas aquellas normas que se dirigen a regular el ejercicio de la profesión médica y que pueden tener carácter internacional como la Declaración de Tokyo de la Asociación Médica Mundial de 1975 o los Principios de Ética médica adoptados por las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1982 (resolución 37/194), o bien carácter nacional como el Código de Ética y Deontología Médica aprobado por la Organización Médica Colegial (Consejo General de Colegios de Médicos e España) en 1990 o los acuerdos de los Colegios profesionales; para completar las referencias normativas hay que tener también en cuenta la legislación nacional sanitaria que en cumplimiento del artículo 43 de la Constitución se vio plasmada en la Ley General de Sanidad.

La Asociación Médica Mundial en su 29ª asamblea celebrada en 1975 en Tokyo adoptó en su punto 5 el siguiente acuerdo, único que desde una norma deontológica tiene una referencia expresa a la huelga de hambre:

*“Cuando un preso rechaza toda alimentación y el médico estime que es capaz de formular un juicio consciente y racional sobre las consecuencias que supondría su rechazo de alimentarse, **no deberá ser alimentado artificialmente**”... “la decisión en lo que concierne a la capacidad del preso para expresar tal juicio deberá ser confirmada por al menos un segundo médico independiente. El médico deberá explicar al prisionero las consecuencias que su rechazo de alimentos puede acarrearle ”*

79 Gisbert Calabuig, J.A. *Medicina Legal y Toxicología*. 4ª Ed Barcelona 1991 pág. 97

Conforme a esta normativa se ha entendido que siempre que el preso haya tomado la decisión de emprender huelga de hambre de forma libre y consciente no debe ser alimentado artificialmente, seguramente por mantener el principio médico general de respeto a la libertad del paciente en todo tratamiento; aun sin decir nada expresamente, a sensu contrario se puede entender que en el momento en que desaparezca la consciencia, el médico ya podrá intervenir por faltar la posibilidad de expresar una decisión razonable, con lo cual esta asociación médica mundial se ha decantado por el sentimiento más generalizado entre la clase médica consistente en respetar la libertad del enfermo mientras lo pueda hacer expresa y razonablemente.

Dado que el principio general del tratamiento médico es la libre aceptación del paciente, en ese acuerdo el punto de referencia es la consciencia y raciocinio del preso, únicas que pueden legitimar con su ausencia la intervención coactiva por parte del médico. De esta manera de la interpretación de estas normas profesionales parece desprenderse un cierto acuerdo, con especial apoyo en Francia y Alemania, en rechazar el tratamiento coactivo hasta el punto de llegar a decirse que deontológicamente *jamás* se puede forzar a un enfermo sobre todo si es consciente salvo que se trate de enfermos mentales o alienados. Sin embargo desde otro punto de vista, con menor aceptación, se puede entender que en la medida en que puede llegar a convertirse en un suicidio lento y el médico está para salvar la vida e impedir la muerte, en esos casos su intervención podría ser correcta frente a las normas deontológicas⁸⁰.

Posteriormente en 1982 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en Resolución 37/194 unos principios de ética médica aplicables especialmente a los médicos para la protección de personas presas y detenidas con el fin de protegerles contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y

80 Fully, G. *Los problemas...* cit. pág. 1576-1578. Hivert, P.E.-Ribon, J.F. *Greve de la faim en prison* Revue pénitentiaire et de Droit Pénal 1970 pág. 635

degradantes; en su principio 1° les encarga del deber general de brindar protección a la salud física y mental de los presos y detenidos y de tratarles en sus enfermedades, y en su principio 5° señala:

“La participación del personal de salud, en particular los médicos, en la aplicación de cualquier procedimiento coercitivo a personas presas o detenidas es contraria a la ética médica, a menos que se determine, según criterios puramente médicos, que dicho procedimiento es necesario para la protección de la salud física o mental o la seguridad del propio preso o detenido, de los demás presos o detenidos, o de sus guardianes, y no presenta peligro para la salud del preso o detenido.”

Conforme a estos principios la alimentación forzada sería éticamente correcta cuando fuese necesario suministrarla para proteger la vida conforme a los criterios médicos (que suelen oscilar entre el momento de grave peligro o el de la inconsciencia), y siempre que no suponga en sí un riesgo para la salud del preso, lo que no presenta problemas en general en la alimentación artificial a diferencia de otros tratamientos como pueda ser la transfusión de sangre. Así pues en estos principios éticos aprobados por la O.N.U. y que vienen a ser una recomendación a los Estados firmantes para que orienten sus respectivas legislaciones en tal sentido, se deja ver una cierta contradicción respecto a lo acordado previamente por la Asamblea Médica Mundial, siempre teniendo en cuenta que estos principios se refieren al tratamiento médico en general y los de la A.M.M. sin embargo se refieren expresamente a la alimentación coactiva; la referencia deja de ser la de la libertad racional y consciente del recluso y aunque reconoce como contrario a la ética médica el tratamiento coercitivo, excluye de esta consideración a los que sin presentar riesgos sean necesarios para proteger la salud, lo que no solo es una referencia excesivamente vaga y amplia que puede dar lugar a excesos intervencionistas totalmente inadmisibles sino que ni siquiera limita a momentos extremos como el grave peligro o la pérdida de la consciencia.

Finalmente por lo que respecta a nuestro país la Organización Médica Colegial órgano que representa el Consejo General de Colegios de Médicos de España aprobó en 1990 el Código de Ética y Deontología Médica, que aunque en su artículo 10 establece que el médico no está obligado a asistir al paciente que, debidamente informado, rechaza libremente el tratamiento, y en el 11.3 reconoce que si el enfermo no está en condiciones de prestar su consentimiento y resulta imposible obtenerlo de la familia debe actuar el médico según la conciencia profesional, en su artículo 31 contiene la siguiente declaración:

“El médico en ningún caso dejará de prestar su atención al paciente que la necesitara por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo de tratamiento. Respetará la libertad de los pacientes y tratará de persuadirlos a que depongan su conducta, aplicando en las situaciones límites, previo requerimiento de la autorización judicial, la imprescindible asistencia médica”

Esta directriz se aparta, de alguna manera, de la Declaración de Tokyo que impedía la intervención ya que en este caso se indica taxativamente que en situaciones límite se ha de aplicar la imprescindible asistencia médica previa autorización del juez, aunque al fin y al cabo en ningún momento menciona un deber ético de intervención; estas normas deontológicas se han interpretado⁸¹ entendiéndose que el médico ha de respetar al huelguista mientras sea posible informándole, tratando de persuadirle para que desista de su actitud y advirtiéndole cuando la prolongación del ayuno implique un daño grave para su salud o riesgo para su vida, si llegado el momento el médico no cuenta con el consentimiento del paciente puede retirarse (como le permite el artículo 43. 3 de ese mismo Código) y transferir al Director de la prisión la responsabilidad de resolver el conflicto.

81 G. Herranz *Comentarios al Código de Ética y Deontología médica* Navarra 1992 pág. 144-145

Al margen de algunos matices de todas estas normas se pueden extraer una importante conclusión desde el punto de vista deontológico: El médico tiene como principal misión salvar la vida y prestar los cuidados necesarios para proteger la salud, pero requisito necesario para ello es el consentimiento libre del paciente por ello si no se cuenta con él, y se trata de una persona capaz, el médico *no está obligado deontológicamente a intervenir* y mucho menos con violencia, y en última instancia ha de actuar según le dicte su conciencia profesional. Las normas deontológicas como códigos éticos que regulan el ejercicio de una profesión no pueden oponerse al enunciado legislativo que evidentemente tiene su propia fuerza obligatoria⁸², por eso si no reciben una plasmación legislativa no pueden fundamentar una responsabilidad penal sino exclusivamente disciplinaria⁸³. Esta situación sin embargo se modifica con el nuevo Reglamento Penitenciario de 1996 que ya permite expresamente la necesaria intervención sanitaria aun contra la voluntad del paciente recluso en los casos de inminente peligro para la vida⁸⁴.

En la asistencia sanitaria común (no carcelaria), hay que tener en cuenta la Ley General de Sanidad(14/86 de 25 de Abril) que reconoce a todos lo usuarios de los servicios sanitarios públicos y privados la libertad de determinación entre las opciones que le presente el médico responsable necesitando el previo consentimiento escrito del usuario para cualquier intervención, no obstante no se requiere el consentimiento expreso⁸⁵ previo a la actuación médica en los casos que recoge el artículo 10 nº 6:

-
- 82 De ahí se ha sugerido la necesidad de posibilitar la objeción de conciencia para los casos en que el médico por razones éticas piense que ha de primar el respeto a la voluntad del paciente si con su no intervención se produce la comisión de un delito. Parziale-Ponti *op. cit.* pág. 149
- 83 Romeo Casabona, C. *El médico ante el Derecho*. Madrid 1985 1ª Ed. pág. 72.
- 84 En su momento se plantearan las dudas respecto a la oportunidad o no de esta disposición reglamentaria.
- 85 Tanto Ruiz Miguel *op. cit.* pág. 136 como Martín Mateo, R. *Bioética y Derecho* 1987 pág. 99 entienden que el consentimiento en estos casos es innecesario pero no que se permita llevar a cabo el tratamiento con la expresa oposición del paciente.

- 1) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública
- 2) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso corresponderá a sus familiares o personas allegadas a él
- 3) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Si a pesar de ello el paciente sigue rechazando el tratamiento, por su derecho a negarse al mismo, el punto 9 le permite en esos casos solicitar el alta voluntaria en los términos del artículo 11.4 de la misma ley.

De todo lo expuesto se puede deducir que aunque sin la suficiente claridad deseada, la tendencia de la deontología sanitaria se inclina por respetar la voluntad del paciente y evitar el tratamiento coactivo, pero esto ha de completarse con el análisis de la regulación jurídico-penal al respecto y con los distintos derechos y deberes afectados.

3.2.2 *Derecho Comparado*

A diferencia de nuestro Ordenamiento Jurídico que se ha decidido muy tardíamente a abordar la regulación de la intervención médica coactiva en el medio carcelario, en otros países de nuestro entorno las normas penitenciarias contemplan disposiciones al respecto, según lo casos con mayor o menor fortuna pero en todo caso de forma expresa.

A) Portugal

El artículo 127.1 de la ley de ejecución portuguesa de 1979 fue la primera en recoger expresamente la imposición coercitiva de la alimentación para detener por la fuerza las huelgas de hambre en caso de peligro para la vida o grave riesgo para la salud del recluso⁸⁶.

⁸⁶ García Valdés, C. Comentarios ... cit. pág. 127.

“ Se puede imponer coactivamente a los reclusos exámenes médicos, tratamiento o alimentación en caso de peligro para su vida o grave peligro para su salud. Los medios coercitivos nunca pueden entrañar grave peligro para la vida o la salud del recluso. Solo pueden ser aplicados bajo dirección médica, sin perjuicio de prestar los primeros auxilios... Se han de imponer una vez agotados los esfuerzos razonables para obtener el consentimiento del recluso ”

Los criterios selectivos para su autorización son la inminencia de peligro para la vida o la salud, que no se haya conseguido obtener el consentimiento del sujeto y que no suponga un riesgo para su vida o su salud

B) Francia:

El artículo D390 Code Procédure pénale de 1958 señala:

“Si un detenido se entrega a una huelga de hambre prolongada puede procederse a la alimentación forzada pero solamente por decisión y bajo vigilancia médica y cuando su vida esté en peligro”⁸⁷.

Este texto es un Decreto que desarrolla la aplicación del título II(La detención) del libro V(Los procedimientos de ejecución) del Código de Procedimiento Penal, no fue bien recibido por la doctrina francesa por desvincular a la Administración de un problema que le atañe directamente, haciendo recaer sobre el médico la responsabilidad de decidir⁸⁸ con la fuerte oposición que despertaba el tratamiento médico coactivo en el colectivo médico por mostrarse contrario a sus normas deontológicas. En

87 Fully, G. *Los problemas planteados...* cit pág. 1570. Balaguer, J. *Huelga de hambre en prisión: disponibilidad del derecho a la vida o simple manifestación de voluntad*. Ministerio Fiscal y sistema penitenciario Madrid 1992 pág. 268

88 Lombois, *La grève de la faim, point du vue d'un penaliste*. en Cadoux, Charles y otros *La grève de la faim ou le dérèglement du sacré* Paris 1984. En la doctrina italiana aun sin contar con una expresa mención legal muestran su postura crítica Allegrati y Giusti *Lo sciopero della fame* Padova 1983.

aras a la distinción entre tratamiento médico coactivo, no prolongación artificial de la vida y actividad directa que provoque la muerte el Comité Nacional francés de Ética médica, el 24 de Junio de 1991 expresó su rechazo al cualquier reforma que permitiera a los médicos practicar la eutanasia a petición del paciente.

C) Alemania

Antes el § 101 de la ley de Ejecución de penas de (StVollzG) de 16 de Marzo de 1976 excluía el deber del tratamiento forzoso si el enfermo se negaba libremente a ello salvo en los casos en que hubiera peligro agudo para la vida de la siguiente forma:

“el reconocimiento médico, el tratamiento y la alimentación solo pueden ser impuestos coactivamente en los casos en que exista peligro contra la vida, riesgos graves contra la salud del recluso o para la salud de otra persona; las medidas habrán de ser razonables para los afectados, y no habrán de ir unidas a un peligro importante para la vida o la salud del detenido. La autoridad no estará obligada a la ejecución de medidas, mientras que pueda contarse de la disposición voluntaria del detenido, a no ser que exista un peligro crítico para su vida”⁸⁹

Esta intervención del médico a través de la imposición de medidas coercitivas, y por tanto en contra de la voluntad del paciente, de carácter terapeutico descansaba en la primacía de la obligación asistencial estatal del § 56.1 sobre la capacidad de decisión del individuo, lo que era objeto de múltiples criticas doctrinales⁹⁰ en las que la única ventaja advertida era el establecimiento de límites específicos y la distinción entre alimentación coactiva facultativa y obligatoria, ya que las primeras se

89 M. García Arán-A. de Solá Dueñas, *Legislació penitenciària europea comparada*. Barcelona 1ª Ed 1991, pág. 277

90 Muller-Dietz *Strafvollzugsrecht* 2ª Ed. 1978 pág. 206 y ss, Kaiser/Kerner-Schöch pág. 199 y ss, Callies-Muller-Dietz *StVollG* 1983 §101 pág. 314 y ss.

dirigen a los casos de peligro para la vida o de gran trascendencia para la salud y las segundas solo a los casos de peligro crítico para la vida; la diferencia está en que en el segundo caso hay un deber de actuar pues la muerte no solo amenaza con llegar (como en el párrafo 1º) sino en una persona no explorada se aproxima, a diferencia de los demás casos que indican una mera autorización ya que la autoridad debe decidir tras una exploración preventiva (sin agresión corporal) si interviene o no.

La ley de reforma penitenciaria de 27.2.85 (Strafvollz-AndG) reformó el sentido del texto con la desaparición del requisito del peligro para la vida, de esta manera en la actualidad el único criterio que permite la alimentación forzosa es la ausencia de libertad del interno es decir que no haya libre capacidad de decisión⁹¹, cuya ausencia se reserva para los casos más graves pues en general se parte de la libre autodeterminación; la reforma vino motivada por los problemas de puesta en práctica debidos a la dudosa graduación de los requisitos para la aplicación de las medidas coactivas, por eso se perseguía impedir la alimentación forzosa siempre que hubiera libre decisión del sujeto⁹².

D) Italia

Un episodio protagonizado por presos terroristas impulsó en el plano legislativo la cuestión de la alimentación forzosa de detenidos en huelga de hambre con la propuesta en Enero de 1982 de un proyecto de ley que introducía un artículo 11 bis en la ley de 26 de Julio de 1975 (Normas sobre el Ordenamiento penitenciario y sobre la ejecución de las medidas privativas y limitativas de la libertad) en los siguientes terminos:

“Cuando un detenido o internado rechace alimentarse, se debe proceder a su alimentación forzada, cuando haya inminente peligro de vida. La decisión

91 Luzón Peña, D.M. *Estado de necesidad...* cit. pág. 57. Silva Sánchez, J. M. *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario público.* CPC nº 38, 1989 pág. 402

92 Callies/Müller-Dietz *Strafvollzugsgesetz* 3ª Ed 1983 pág. 315.

será adoptada por el Ministro de Gracia y Justicia, oído el inspector sanitario general de la Administración Penitenciaria. La alimentación forzada se administrará bajo continuo control médico”

También en este caso la doctrina penal no era la única en expresar sus recelos ante tal regulación, sino que los propios médicos se mostraban reacios a aceptar la intervención coactiva violenta por su supuesta contradicción con los principios de deontología profesional ya que en el artículo 52 del Código de Deontología de 7.1.78 se impide al médico que intervenga si un prisionero rechaza conscientemente la alimentación⁹³. Estos y otros problemas determinaron que en la reforma de 10 de Octubre de 1986 no apareciera tal artículo y por ello solo queda el artículo 11 que contempla el reconocimiento médico obligatorio en el momento del ingreso y en los controles periódicos para la idoneidad laboral dentro de la institución.

3.2.3. Ordenamiento español

Hasta fechas muy recientes había un total silencio de la normativa penitenciaria española al respecto, al no hacerse ninguna indicación sobre la posibilidad de imposición forzosa del tratamiento médico en general o en particular de la alimentación cuando el recluso se niega a ello. Esta situación ha cambiado con el nuevo Reglamento Penitenciario de 9 de Febrero de 1996 ya que en su artículo 210.1. exige que el tratamiento médico-sanitario ha de ser siempre con el consentimiento informado del interno, salvo que haya peligro inminente para la vida en cuyo caso se puede intervenir contra la voluntad del sujeto en los siguientes términos:

93 M. Parziale-A. Ponti *Il medico e la alimentazione forzata del detenuto*. Rassegna penitenziaria e criminologica 1983-1 pág. 147-149. Sobre los problemas de la huelga de hambre en la legislación penal y penitenciaria italiana M. Canepa -S. Merlo *Manuale di Diritto Penitenziario* 3ª Ed Milano 1993 pág. 26 y ss

El tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial.

En esta regulación se pueden hacer las siguientes objeciones:

- a) Tratándose de una restricción tan importante en los derechos del individuo que afecta especialmente a su integridad, intimidad y libertad de decisión, debería haber sido la ley y no el reglamento quien procediera a su regulación.
- b) Junto a la referencia al tratamiento médico hubiera sido conveniente citar expresamente a la alimentación, como hacen otros ordenamientos, por tener unas peculiaridades específicas que necesitan ser tenidas en cuenta.
- c) Con un nuevo Código Penal que da cierta relevancia al consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física se ha perdido la oportunidad de limitar la intervención solo a los casos de ausencia de libertad de decisión, respetando en los demás casos la libre voluntad del recluso.

3.3. Consecuencias jurídicas de la alimentación forzosa en el Código Penal español

Finalmente queda por analizar si de la alimentación forzosa impuesta a un recluso en contra de su voluntad se deriva algún tipo de responsabilidad penal. Admitiendo la huelga de hambre como una legítima medida de protesta de la que dispo-

nen los detenidos, si se prolonga en el tiempo se pueden diferenciar tres grandes fases cuya distinción es necesaria por los distintos problemas que plantea la intervención coactiva en cada una de ellas:

- el inicio de una huelga de hambre implica una forma de manifestar su protesta con la que el interno no pone todavía en peligro su salud.
- una prolongación considerable ya supone una amenaza seria a la salud y a la vida a la que el interno se sigue exponiendo todavía de una forma consciente.
- con la pérdida de la consciencia se entra en la fase más complicada por la imposibilidad de contar con la manifestación expresa del interno de persistir o abandonar su inicial decisión⁹⁴.

Si bien en todas ellas se ha de tomar una postura para determinar o no la licitud de la intervención es en las dos últimas donde es mayor la controversia pues la proximidad del peligro junto a la negativa del sujeto a recibir asistencia ponen en tela de juicio la legitimidad de la intervención, cuestión que en el primer caso queda fuera de dudas pues su ilicitud se deriva no solo del hecho de actuar en contra de la voluntad del sujeto sino especialmente por no tratarse todavía de una situación grave de peligro, al no ser un enfermo el médico nada debe hacer salvo los reconocimientos preceptivos⁹⁵.

La responsabilidad penal que se puede generar a través de la alimentación en contra de la voluntad del recluso huel-

94 J. Balaguer Santamaría *Huelga de hambre en prisión: disponibilidad del derecho a la vida o simple manifestación de la libertad*. Ministerio Fiscal y sistema penitenciario III Jornadas de Fiscales de Vigilancia penitenciaria. Madrid 1992 pág. 267

95 V. Moya Pueyo, *Funcionarios médicos y deontología*. en Deontología Derecho Medicina Madrid 1977 pág. 338

guista, apunta principalmente hacia el delito de coacciones⁹⁶ en la medida en que se le está compeliendo a hacer lo que no quiere (alimentarse) y se le está impidiendo hacer lo que la ley no prohíbe (ejercer el derecho a mantenerse en huelga de hambre como medio de protesta), y ello puede ser analizado desde dos puntos de vista: en primer lugar como la alimentación forzada implica una intervención facultativa, se ha de determinar si el tratamiento médico realizado en contra de la voluntad del paciente constituye un delito de coacciones; y en segundo lugar aunque se ha dicho que la huelga de hambre no es propiamente un suicidio tiene en común la puesta en peligro de la propia vida, lo que permite plantear si alimentar forzosamente a un recluso huelguista puede tener la misma solución que impedir que un suicida logre su propósito.

3.3.1. Planteamiento como tratamiento médico coactivo

Es opinión generalmente unánime que el tratamiento médico curativo no produce lesiones ya que no vulnera la salud sino que la mejora, como también lo es que todo tratamiento debe contar con la voluntad del paciente y por ello por muy beneficioso que sea si no cuenta con su consentimiento o se hace en contra de su voluntad como supone hacerle algo que no desea, constituye como ataque a la libertad personal un delito de coacciones del artículo 172 del C.P. de 1995 en calidad de tratamiento médico arbitrario⁹⁷. Ello se debe a que en estos casos es-

96 También se ha apuntado la posibilidad de otras conductas delictivas como el impedir u obstaculizar el legítimo ejercicio de la libertad de expresión castigado en el artículo 165 bis del Código Penal de 1944. Díez Ripollés, J.L. *Delitos contra los bienes...* cit pág. 243.

97 Romeo Casabona, C. *El médico y el Derecho penal. I La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona 1981 pág. 286-288. Higuera Guimerá, J.F. *El delito de coacciones* 2ªEd. Madrid 1982 pág. 219. Asua, A.-de la Mata, N. *El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado*. La Ley 1990-3 pág. 865, Bueno Arus, F. *Limites ...* cit pág. 16, Jorge Barreiro, A. *La relevancia...* cit. pág. 16. Expresamente en el ámbito penitenciario García Valdés, C. *Régimen...* cit pág. 197, Serrano Gomez, A. *Prevención del delito...* cit. pág. 154, Luzón Peña, D.M. *op. cit.* pág. 55 o Milans, S. *op. cit.* pág. 113.

tán presentes todos los elementos del tipo del delito de coacciones: así el ejercicio de la violencia al actuar contra la voluntad del sujeto, y el ataque a la libertad de actuación como bien jurídico protegido que conlleva el obligar a que el sujeto haga algo que no desea. Se puede hablar de uso de la violencia si para proceder a la alimentación forzosa se utilizan medios consistentes en encadenar, atar a la cama para alimentar por vía parenteral o inmovilizar la cabeza para proceder a la alimentación bucal⁹⁸ ya que en todos estos casos hay una fuerza material y directa sobre la persona del recluso para obligarle a hacer algo que no desea, única que debe ser tenida en cuenta a efectos del delito de coacciones si se sigue un criterio restrictivo y por tanto acorde con el principio de legalidad⁹⁹.

Tanto Diez Ripollés como Bajo Fernández¹⁰⁰ apuntan la posibilidad de que el delito de coacciones se pueda ver agravado por la figura de torturas del artículo 204 bis párrafo tercero del C.P. de 1944 (En el C.P. de 1995 art. 174.2), dado que en dicho párrafo no se exige ni las circunstancias ni finalidades¹⁰¹ a que aluden los dos primeros párrafos es decir que se dé en el curso de una investigación judicial o policial y con la finalidad de obtener una confesión o testimonio, para ello el T.S. exige que se hayan producido extralimitaciones graves, excesos vituperables, o manifiestos abusos de poder lo que es visto por algún autor como un infundado nivel de permisibilidad reservado al funcionario en el ejercicio de la coacción¹⁰²; otra restricción con la que opera el Tribunal Supremo es la de la finalidad, de mane-

98 Bajo Fernández, M. *Prolongación artificial...* cit. pág. 726

99 Mira Benavent, J. *El concepto de violencia...* cit. pág. 157.

100 Diez Ripollés, J.L. *La huelga ...* cit pág. 650. Bajo Fernández, M. *Prolongación ...* cit. pág. 732.

101 De la Cuesta, J.L. *El delito de torturas*. Barcelona 1990 pág. 183, Barquin Sanz, J. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*. Madrid 1992 pág. 206 y 374, Maqueda Abreu, M^L. *La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*. ADPCP 1986 Tomo XXXIX pág. 457

102 Maqueda Abreu, M^L. *Los delitos contra la libertad y seguridad de las personas*. Granada 1988 pág. 39

ra que si no consta la finalidad de producir penalidades y males innecesarios al recluso sino un exceso en el mantenimiento de la disciplina, lo califica como conductas de rigor innecesario del artículo 187.5 (artículo 533 del C.P. de 1995)¹⁰³, aquí una vez más hay que entender que ese criterio restrictivo de atender solo a la intención del sujeto no parece correcto si de lo que se trata es de determinar la producción o no de tratos inhumanos, por eso habrá que ver en cada caso si de los medios empleados y la forma en que se haya llevado a cabo la alimentación cabe hablar de tratos inhumanos y degradantes sin generalizarlo a todos los casos ni restringirlo a la finalidad.

A efectos de justificación hay que tener en cuenta que desde un punto de vista general en la sanidad pública existe una disciplina a la que está sometido el enfermo y por ello si la actuación médica no entraña riesgos y no es una intervención quirúrgica, el paciente no puede desautorizar la intervención de manera que si quiere evitarla ha de solicitar el alta voluntaria¹⁰⁴, opción que evidentemente el preso huelguista no puede tomar libremente por su situación carcelaria. Por lo que respecta a la sanidad penitenciaria hay que estar a lo dispuesto en el anteriormente mencionado artículo 210.1 del nuevo Reglamento Penitenciario de 1996. En todo caso como elemento esencial del tratamiento es su voluntariedad la justificación de su imposición coactiva no cabe, en principio, en el ejercicio legítimo de un derecho si no cuenta con el consentimiento del paciente¹⁰⁵, y en su caso lo que se planteará es la posibilidad de apreciar estado de necesidad cuando se den los requisitos necesarios para ello.

103 Barquin Sanz, J. *Los delitos...* cit. pág. 390-391 recoge y suscribe las críticas doctrinales entendiendo que independientemente de la finalidad si el funcionario produce cualquiera de las conductas que cita el 204 bis (en éste caso las coacciones) se ha de aplicar éste y el 187.5 quedaría para las coacciones y otros hechos leves..

104 Bajo Fernández, M. *Agresión médica...* cit. pág. 137

105 Díez Ripollés, J.L. *La huelga...* cit. pág. 653 y citas mencionadas en nota 183.

3.3.2. Planteamiento como impedimento de un suicidio

Desde otro punto de vista distinto, alimentar a la fuerza a un recluso que como consecuencia de una huelga de hambre prolongada está en grave peligro puede compararse con la situación planteada en los casos en que se impide un suicidio, pues en ambos casos se actúa en contra de la voluntad del sujeto para resolver un grave riesgo de peligro para su vida generado por él mismo. Hay quien entiende que dado que es punible la ayuda al suicidio resulta incongruente castigar también lo contrario como es impedir que se lleve a cabo, de ahí que no pueda calificarse como coacción la acción consistente en impedir algo ilícito y por tanto prohibido por la ley como es un suicidio¹⁰⁶, sin embargo acertadamente la postura mayoritaria afirma que el suicidio no es un acto prohibido y por eso si se impide con violencia su realización se comete un delito de coacciones si bien quedará amparado por una causa de justificación, generalmente el estado de necesidad¹⁰⁷.

De todas formas al margen de que tanto el suicidio como la autopuesta en peligro sean o no ilícitos aunque no se castiguen, también es cierto que con el acto de impedir con violencia tales conductas se está compeliendo¹⁰⁸ al sujeto a hacer algo que

106 Cuello Calón, E. *Derecho Penal. Parte especial* Tomo II vol II revisado y puesto al día por C. Camargo 14ª Ed Barcelona 1982 pág. 811, Higuera Guimerá, J.F. *op. cit.* pág. 156 añadiendo que el suicidio es ilícito pues se castiga su participación en él.

107 Quintano Ripollés, A. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo I, II Infracciones contra la personalidad 2ª Ed puesta al día por E. Gimbernat Madrid 1972 pág. 1136, Mir Puig, S. *El delito de coacciones en el Código Penal*. ADPCP 1977 Tomo XXX pág. 299. Carbonell, J.C-González Cussac, J.L. *Derecho Penal. Parte Especial* Valencia 1993 pág. 776. Muñoz Conde, F. *Derecho Penal...* cit. pág. 141, Maqueda Abreu, M.Lª *Los delitos...* cit. pág. 43, Bustos, J. *Manual...* cit. pág. 103, García Pablos, A. *Sobre el delito de coacciones*. Estudios penales y criminológicos VI Santiago de Compostela 1981-1982 pág. 124 añade a los argumentos de ilicitud del suicidio y de la justificación el de la existencia de un deber de impedir el suicidio.

108 Bajo Fernández, M. *Manual de Derecho Penal Parte Especial III Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*. 2ª Ed

no quiere como es alimentarse, lo cual entra dentro de la figura de las coacciones¹⁰⁹, que encontrará o no su justificación cuando más adelante se lleve a cabo la ponderación de los intereses en conflicto, pero que con arreglo a la tradicional regulación del Código Penal supone una mayor valoración de la vida (aun no deseada por su titular) que de las coacciones que se puedan cometer¹¹⁰.

4. LOS DERECHOS DEL RECLUSO

Cuando un recluso decide iniciar una huelga de hambre como medio de protesta contra una decisión administrativa o judicial que considera injusta, el problema que se plantea con la postura que han de tomar las autoridades penitenciarias, reclama la interpretación de una serie de derechos del interno que resultan afectados bien para ponderarlos entre sí, bien para ponderarlos en su caso con los deberes que ligan a la Administración; entre ellos se pueden destacar por su importancia el derecho a la vida y a no ser sometido a tratos inhumanos ni degradantes, la autonomía personal, y la dignidad humana. Es cierto como dice Zugaldía refiriéndose al tema de la eutanasia¹¹¹ que el problema no reside en determinar en abstracto si la vida es un valor superior a la libertad o viceversa sino en decidir si la vida es un bien jurídico del que libremente pueda disponer su titular, pero tanto en dicho tema como especialmente en el de la huelga

Madrid 1991 pág. 115, advierte de las dificultades para distinguir las conductas consistentes en impedir de las consistentes en compeler.

109 En este sentido Diez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre...* cit. pág. 650 afirma que tanto si se entiende que el suicidio es una conducta antijurídica (postura que él no comparte) como si no lo es, la conclusión es la misma pues impedirlo violentamente no podría acogerse a la expresión "impedir algo que la ley prohíbe" ya que no existe tal norma que contenga tal prohibición.

110 Carbonell, J.C.-González Cussac, J.L. *DPPE...* cit pág. 776

111 Zugaldía, J.M. *Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada nº 13, 1987 Homenaje a Sainz Cantero II pág. 294.

de hambre reivindicativa es necesario llevar a cabo, aunque sea someramente, un repaso de los derechos y libertades que resultan afectados como vehículo para el planteamiento y resolución del posterior tema relativo a su legitimación.

4.1. El derecho a la vida

En lo que afecta al tema objeto de estudio son dos las cuestiones que destacan de la lectura de este derecho fundamental: en primer lugar si se puede hablar de su carácter prioritario, absoluto e indisponible y en segundo si del derecho a la vida surge de la propia Constitución el derecho a morir; a efectos de poder trasladar la reflexión al ámbito penitenciario hay que tener en cuenta que el artículo 25.2 de la Constitución señala que el condenado a pena de prisión “*gozará de todos los derechos fundamentales a excepción de los expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*”, que el artículo 15 de la Constitución reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral y prohíbe los tratos inhumanos y degradantes y que el artículo 3 de la Ley General Penitenciaria exige que “*la actividad penitenciaria se lleve a cabo respetando la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena...*”

4.1.1. La discusión sobre su carácter absoluto e indisponible y su relación con el derecho al suicidio

Antes de la entrada en vigor de la Constitución la práctica totalidad de la doctrina y el Tribunal Supremo partían de la absoluta indisponibilidad de la vida humana como argumento para apoyar el castigo de toda conducta de colaboración en un suicidio ya que la condición de persona humana se consideraba irrenunciable; esta postura, sin embargo, era matizada por algunos autores aislados que planteaban la posibilidad de no castigar

algunos supuestos de eutanasia por motivos piadosos¹¹². Con la Constitución ya vigente, si bien sigue existiendo un sector que defiende el valor absoluto de la vida humana y con ello su total indisponibilidad, hay que tener en cuenta necesariamente nuevos postulados como el reconocimiento de los valores superiores, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad por los matices que van a aportar hasta el punto de fundamentar una nueva línea que sostiene la libre disponibilidad de la vida humana. Doctrinalmente se ha entendido que el derecho constitucional a la vida tiene un sentido de garantía cuyo significado entraña una obligación estatal dirigida a que el Estado respete en sus actuaciones la vida humana y que la proteja frente a ataques procedentes de particulares, lo que viene a ser una obligación genérica de respeto y protección a la vida humana en general¹¹³. Partiendo de este admitido significado de garantía frente al Estado se pueden seguir tres vías respecto al alcance del derecho a la vida:

1. Entender que tal enunciado no tiene el sentido de engendrar a favor del individuo la facultad de libre disposición de su propia vida hasta el punto de poder consentir válidamente su propia muerte por una razón fundamental: el derecho a la vida tiene un carácter absoluto y por ello se carece de disponibilidad sobre él. Este valor absoluto conduce a entender que el sentido primordial de la persona es la conservación de la vida humana, lo que explica que se castigue la participación en el suicidio y que la obligación estatal de proteger la vida humana se

112 Juanatey Dorado, C. *Derecho, suicidio...* cit. pág. 380 y citas allí contenidas.

113 Este deber de respeto y protección no supone, sin embargo, el deber del Estado de eliminar por completo todos los riesgos para la vida que comporta la misma convivencia social. Rodríguez Mourullo, G. *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte*. Comentarios a la Legislación penal Tomo I Madrid 1982 pág. 63 y 79, Rodríguez Mourullo, G. *El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura*. Poder Judicial nº especial 1, 1986 pág. 42.

coloque por encima, incluso, de la voluntad del sujeto¹¹⁴; la vida de esta manera se presenta como un derecho individual, absoluto y preferente respecto a los demás por ser el valor superior sobre el que se asientan los demás derechos fundamentales, y como consecuencia de ello al derecho a la vida se le da una protección preferente frente a cualquier otro. Ruiz Miguel afirma que salvo las excepciones del suicidio y el consumo de drogas, el Ordenamiento Jurídico contempla un número mayor de supuestos en los que valora la vida por encima de la voluntad de su titular, señalando como ejemplos de ello en la legislación la irrelevancia penal general del consentimiento en las lesiones, la prohibición del auxilio al suicidio, el castigo del homicidio consentido con la misma pena que el homicidio simple, o la prohibición penal de cualquier tráfico de drogas y en otras ramas del Ordenamiento prohibiciones tales como las limitaciones legales a la publicidad del tabaco o el alcohol o incluso la obligatoriedad del uso de los cinturones de seguridad en los automoviles¹¹⁵. Aunque algún sector doctrinal ha apreciado un cierto privilegio en la figura del auxilio ejecutivo al suicidio por el hecho de desplazar la calificación de parricidio o asesinato, sigue viéndose como un notorio desprecio a la voluntad del sujeto pasivo que resulte igual penada esta figura que la del homicidio simple¹¹⁶. Estas afirmaciones han variado con el Código Penal de 1995 ya

114 Rodríguez Mourullo, G. Derecho a la vida... cit. pág. 79, Rodríguez Devesa, J.M. Derecho Penal Español. Parte Especial. 15ª Ed Madrid 1992 pág. 64, Gomariz, R. Algunas consideraciones... cit. pág. 904, Cobo del Rosal, M. Protección jurídico-penal del derecho a la vida y su negación. Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático D. Luis Legaz Lacambra (1906-1980) Tomo I Madrid 1983 pág. 267-269, Milans del Bosch, S. Relevancia ... cit. pág. 109, Bueno Arús, F. Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva de Derecho Penal, Poder Judicial nº 15, 1985 pág. 13-14.

115 Ruíz Miguel, A. *Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)* Revista del Centro de Estudios constitucionales nº 14 Enero-Abril 1993 pág. 136-137

116 En el primer sentido Gonzalez Rus, J.J. *Manual de Derecho Penal...* cit pág. 6 y 91, en el segundo Carbonell-González Cussac, J.L. *DPPE* cit. pág. 563-564

que el artículo 155 incorpora la relevancia del consentimiento en el delito de lesiones y el artículo 143.3 además de separar las penas del auxilio ejecutivo al suicidio y el homicidio, ha dado entrada a los supuestos de eutanasia en el párrafo 4.

Este mencionado carácter sagrado de la vida, como bien no disponible y absolutamente preferente frente a cualquier otro que esté en conflicto, emanado del Derecho Natural o del Derecho Positivo fué el argumento que utilizaron algunos pronunciamientos judiciales para permitir la alimentación forzada a los huelguistas del GRAPO¹¹⁷. Por su parte el Tribunal Constitucional si bien ha manifestado que los derechos fundamentales no son absolutos pues en determinadas situaciones pueden y deben estar sujetos a limitaciones, de manera que su ejercicio más allá de las cuales resulta ilegítimo (STC 53/85)¹¹⁸ también entiende que el artículo 15 no garantiza el derecho a la propia muerte, pues la Constitución no configura la vida como un derecho de libertad (F.J. 7 sentencia 120/90) ya que en todo caso la decisión de arrastrar la propia muerte es una manifestación de libertad genérica, y que la vida es un valor superior del Ordenamiento jurídico constitucional sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia posible(F.J.8 s.120/90).

Sin embargo frente a este pretendido carácter absoluto hay que admitir que ningún Derecho protege de forma absoluta¹¹⁹ el derecho a la vida, así sin ir más lejos en el Ordenamiento

117 Atienza, M. cita entre otros los Autos del Juzgado de Vigilancia de Cádiz de 24.1.90, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15.2.90, Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14.2.90 y 16.2.90 (donde se contiene la referencia al Derecho Natural),... *La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO*. Jueces para la Democracia nº 9 Abril de 1990 pág. 31

118 Ampliamente sobre esta sentencia T. Vives Antón *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*. Revista Española de Derecho Constitucional nº 15 Septiembre-Diciembre 1985

119 Eser, A. *Entre la santidad...* cit. pág. 749. Bajo Fernández, M. *Delitos contra las personas...* cit. pág. 5-6 ve con ello una muestra de que el Derecho positivo ha introducido elementos valorativos para determinar el alcance de protección del derecho a la vida.

español ejemplos como la admisión de la legítima defensa o el estado de necesidad en supuestos en que se produce la muerte de una persona, la supervivencia de la pena de muerte en tiempos de guerra(afortunadamente ya en vías de desaparición), o incluso la apreciación del aborto eugenésico evidencian que caben matices y que no existe esa protección absoluta de la vida ya que en determinadas situaciones previstas legalmente puede resultar lícita su destrucción¹²⁰. Por otro lado ese carácter absoluto e indisponible de la vida podría llevar a defender su carácter de bien social perteneciente a la comunidad, no al individuo, de manera que llevara a hablar de una obligación y deber de vivir frente a la sociedad¹²¹, afirmación intolerable en una sociedad que tiene entre sus postulados el carácter de Estado social y democrático de Derecho, y por tratarse de un derecho reconocido al servicio de la persona como ser humano digno y libre.

2. Una segunda vía consistiría en desprender del enunciado constitucional la disponibilidad de la propia vida. Esta postura encabezada por Carbonell Mateu y expresada en diversos trabajos¹²² entiende que la preferencia de la vida frente a los demás derechos y libertades surge de una lectura constitucional

120 En la regulación del delito de infanticidio también se manifiesta ésta relativización del valor de la vida humana que se ve aminorado por circunstancias que afectan al honor. Cuerda Riezu, A. *La colisión de deberes*. Madrid 1984 pág. 154.

121 Esto llevaría a una visión irracional de su carácter irrenunciable, así como de las obligaciones sociales que comporta. Kaufmann, A. *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?* Trad. por J. Silva CPC 1987 nº 31 pág. 51, Carbonell Mateu, J.C. *Constitución, suicidio y eutanasia*. Cuadernos Jurídicos nº 10, 1993 pág. 30, Carbonell, J. C.-González Cussac, J.I. *Derecho Penal Parte Especial ...* cit. pág. 558

122 Carbonell Mateu, J.C. *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto* CPC 1991 nº 45 pág. 664, del mismo *Constitución, suicidio y eutanasia*. Cuadernos Jurídicos nº 10 1993 pág. 28, Cobo, M.-Carbonell, J.C. *Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales* Revista de la Facultad de Derecho de Granada nº 12 1987 Homenaje a Sainz Cantero I pág. 65-67, Carbonell, J.C.-González Cussac J.L. *Derecho Penal Parte Especial* Valencia 1993 pág. 556.

muy forzada ya que desde su punto de vista la libertad se sitúa en la cúspide todo el Ordenamiento Jurídico, como todos los derechos fundamentales de la persona emanan del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona, solo puede ser objeto de reconocimiento constitucional la vida compatible con la libertad¹²³ de lo que se desprende la absoluta irrelevancia constitucional de la vida no deseada libremente por su titular y con ello un derecho constitucional al suicidio¹²⁴.

Atienza¹²⁵ defiende que el derecho a la vida implica que se tiene derecho a vivir y a morir y que los demás, entre ellos el Estado tienen no solo deberes negativos sino también deberes positivos en orden a garantizar la vida. Sin embargo hablar de derecho subjetivo puede suponer recabar el apoyo público para vencer los obstáculos que se puedan presentar, incluso frente al legislador, y ello queda muy lejos de la protección a la vida que se enmarca en la Constitución.

El carácter garantista del derecho constitucional a la vida que contiene el artículo 15 de la Constitución como protección frente a ataques injustificados, dificulta que se pueda ampliar a un derecho no expresamente contemplado que va más allá de la

123 En el mismo sentido Valle Muñiz, J.M. *Relevancia jurídico -penal de la eutanasia*. CPC nº 37 1989 pág. 167. Del mismo *La ausencia de responsabilidad penal en algunos supuestos de eutanasia*. Cuadernos Jurídicos nº 25 Diciembre 1994 pág. 12 y ss. Del Rosal Blasco, B. *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal* ADPCP 1987 Tomo XL pág. 84-87.

124 La existencia de un derecho a morir que engendra el derecho a decidir el momento de la muerte ha sido defendida en Alemania por Kaufmann, Arthur *¿Relativización...* cit. pág. 51 por la lectura constitucional del derecho a la vida como libre disposición sobre ella y por Bottke por su conexión con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, extensamente del Rosal Blasco, B. *La participación...* cit. pág. 87.

125 Atienza, M. *La argumentación...* cit. pág. 37. También Balaguer, J. *Huelga de hambre...* cit. MF y sistema penitenciario pág. 274 admite que el derecho a la vida como el resto de los derechos subjetivos contiene la posibilidad de ser ejercido positiva o negativamente.

finalidad protectora de la norma¹²⁶, si a ello se suma que el legislador penal en general no acaba de dar suficiente relevancia a la voluntad del sujeto en los delitos contra la vida lo que da lugar a entender el suicidio como un mal, se puede concluir que de existir un derecho a morir en todo caso sería un concepto extra-jurídico (como derecho a morir sin la interferencia de terceros) y desde luego falto de cobertura constitucional¹²⁷, ya que como señala el T.C. en s. 120/90 y gran parte de la doctrina que no haya un derecho a la propia muerte no significa negar la existencia de una libertad genérica (*agere licere*) en cuanto a la privación de la vida propia o aceptación de la propia muerte, pues lo que la ley no prohíbe no tiene porque ser un derecho subjetivo. Esto no obstante no debe llevar a una lectura aislada del artículo 15 de la Constitución, ya que la dignidad humana como núcleo inspirador de todos los derechos fundamentales ha de ser necesariamente tenida en cuenta, así como otros derechos afectados como el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía personal o la intimidad.

3. Finalmente parece más correcto entender que la Constitución española no se pronuncia al respecto ya que no dice nada ni un sentido ni en otro sobre la disponibilidad o carácter absoluto de la propia vida¹²⁸, por lo tanto la decisión de suici-

126 Rodríguez Mourullo, G. op. y pág. cit., Climent, C. *Sobre la asistencia...* pág. 6439-6440

127 Por el mencionado carácter garantista Martínez Sospedra rechaza tajantemente que se pueda cobijar al amparo del artículo 15 de la C.E. la facultad de disposición sobre la propia vida, ya que al margen de que se pueda o no penalizar el suicidio el derecho de autodisposición sobre la propia vida se halla "claramente fuera del texto y orden de valores de la Constitución" *Libertades públicas* Valencia 1993 pág. 116

128 Díez Ripollés, J.L. *La huelga...* cit. pág. 617, Climent, C. *Sobre la asistencia...* cit. pág. 6438, Atienza, M. *Una clasificación de los derechos humanos* Anuario de Derechos Humanos nº 4 1986 pág. 38, Del Rosal, B. *La participación...* cit. pág. 86. Por su parte Cobo, M.-Carbonell, J.C. *Conductas...* cit. pág. 77 llegan a poder admitir esta postura de no pronunciamiento por la Constitución pero no que de la Norma Suprema se desprenda la indisponibilidad de la propia vida y Eser, A. *Entre la "santidad" y la "calidad" de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida.* Trad P.Laurenzo ADPCP 1984 Tomo XXXVII pág. 777 tacha de dudosa constitucionalidad la demanda de un derecho a la muerte.

darse no constituye el ejercicio de un derecho constitucional puesto que ni la Constitución ni el Código Penal reconocen el derecho a morir, sin que de ello se tenga que concluir que la vida pueda oponerse de frente a la dignidad humana, ya que en situaciones límites en que la vida, una vez agotados todos los recursos posibles, no pueda sostenerse con dignidad se podrá hablar de una libertad de morir como ausencia de injerencia estatal pero no de derecho al suicidio¹²⁹. En esta línea se puede mencionar la postura de Eser respecto a la Constitución alemana al entender que sin establecer un derecho a la muerte, la protección a la vida no es absoluta sino teniendo en cuenta unos mínimos cualitativos, así sobre la base de la opción entre la santidad y la calidad de la vida, se plantea la necesidad de lograr un compromiso aceptable entre ambas¹³⁰.

En todo caso hay que tener presente que los huelguistas de hambre en un sentido estricto no están ejercitando un derecho a morir no han renunciado al derecho a la vida, sino que se podría decir más propiamente que lo que están haciendo es no ejercitar temporalmente tal derecho, no lo han dejado ni abandonado, simplemente no hacen valer su reconocimiento jurídico¹³¹, la diferencia se encuentra también en que la renuncia es algo claro e inequívoco y el no ejercicio conlleva muestras aun remotas de permanencia aunque temporalmente no se lleven a cabo.

129 Bueno Arús, F. El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario. Actualidad Penal 1991-2 pág. 396. Esta ausencia de injerencia en una decisión personalísima ha provocado que la regulación del suicidio en el Código penal haya sido entendida como una interpretación garantizadora de la libertad en la decisión de morir al no castigar al suicida pero si protegerlo de la intervención de terceros por la fácil vulnerabilidad en tales circunstancias, González Rus, J.J. Manual de Derecho penal ... cit. pág. 89

130 Eser, A. *Entre la santidad...* cit. pág. 774-780.

131 Climent Durán, C. *Sobre la asistencia...* cit. pág. 6443-6443.

4.1.2. *La prohibición de los tratos inhumanos y degradantes.*

En cuanto a los tratos inhumanos y degradantes por su especial vinculación al derecho a la vida y la integridad física y moral a que alude el artículo 15 significan incolumidad personal como derecho a no ser privado de ningún miembro, derecho a la salud física y mental, derecho al bienestar corporal y psíquico y derecho de apariencia personal¹³². La legislación penitenciaria en el artículo 6 de la Ley General Penitenciaria y el artículo 4.2 a) del Reglamento Penitenciario de 1996 (artículo 5.1 del Reglamento Penitenciario de 1981) prohíbe que el interno sea sometido a malos tratos o que sea objeto de un rigor innecesario, y por su parte el Código Penal de 1996 en el artículo 174.2 castiga la tortura realizada por los funcionarios penitenciarios y en el artículo 533 las privaciones indebidas o uso de rigor innecesario por los mismos sujetos (artículo 204 bis III y 187.5 respectivamente Código Penal de 1944).

Como trato inhumano o degradante ha calificado Bajo Fernández¹³³ a la alimentación forzada negándole cualquier tipo de justificación. El Tribunal Constitucional sin embargo de modo restrictivo en la sentencia 120/90 (F.J.8) solo califica como posible trato humillante a la alimentación bucal, excluyendo por tanto de tal calificativo a la alimentación parenteral; el argumento que utiliza para ello se basa en la finalidad al entender que no puede haber 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*” y que la actuación médica esté ajustada a la *lex artis*, de esta manera la justificación constitucional vendrá dada si la intervención se ha efectuado para proteger derechos o valores constitucionalmente reconocidos y si se ha ajustado al principio de proporcionalidad, entendiéndose como tal toda medida que sea adecuada, necesaria y ajustada al sacrificio del

132 Rodríguez Mourullo, G. *El derecho a la vida y...* 1986 pág. 43.

133 Bajo Fernández, M. *Prolongación artificial...* cit. pág. 727, 730.

derecho, esto es que se hayan empleado los medios que menos limiten los derechos de los reclusos, los indispensables, mínimos y necesarios.

El argumento aquí utilizado es similar al empleado por la Comisión de Estrasburgo (transcrita en STC 2/87) para negar el calificativo de inhumana y degradante a la sanción de aislamiento de tal modo que en sí mismas ni esta sanción ni la alimentación forzosa constituyen tratos inhumanos y degradantes pero sí lo pueden ser en virtud de la modalidad de su ejecución si por los medios empleados se producen males innecesarios que en este caso no sean más que una prolongación del sufrimiento que no evite por otra parte la muerte, esta naturaleza objetiva parece más correcta que la que atiende solo a la finalidad ya que la calificación de inhumano o degradante no debe descansar en la finalidad que ha movido al sujeto sino en los medios empleados en su actuación. Una de las pocas veces en que la Corte europea de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la huelga de hambre lo fué en relación a un recluso incapaz (Herczegfalvy-Austria 24.9.92) que emprendió tal comportamiento para protestar contra su detención siendo alimentado a la fuerza cuando alcanzó una debilidad extrema, en este caso se entendió que no se había violado el artículo 3 de la Convención (“*nadie puede ser sometido a torturas ni tratos inhumanos o degradantes*”) pues la medida había sido dictada por necesidades terapéuticas sin que ello obstara para que el Tribunal mostrara su preocupación por los medios con los que se llevó a cabo la alimentación y el tratamiento; y es que la Comisión en su informe emitido el 1.3 .1991 sí había admitido la violación del artículo 3 de la Convención al entender que aunque el tratamiento médico forzado no lo viola si es necesario desde el punto de vista médico y se administra conforme a las normas de la ciencia médica, en este caso, por la forma en que se administró, la violación se produjo en virtud de la falta de proporcionalidad, es decir la alimentación fué considerada razonablemente necesaria pero desproporcionada en la forma de llevarse a cabo y en su duración.

En este mismo sentido se manifiesta el voto particular emitido por el Magistrado Rodríguez Piñero en la sentencia 120/90 del Tribunal Constitucional sobre la huelga de hambre de los Grapo al admitir la alimentación forzosa solo como medida transitoria ya que si se prolonga indefinidamente provoca un *“alargamiento innecesario de la degradación física y psíquica de la persona implicada, mantenida artificialmente en vida en condiciones tan precarias que pueden llegar a ser inhumanas”*; y es que en estos casos el problema se acercaría más a la eutanasia, al derecho a una muerte digna y con ello a la combinación entre santidad y calidad de vida.

Junto a todas estas reflexiones sobre el alcance constitucional del derecho a la vida hay que tener en cuenta la protección específica que le depara la legislación penitenciaria así a modo de ejemplo se pueden citar los siguientes supuestos: las agresiones son objeto de sanción reglamentaria (artículo 108 c Reglamento Penitenciario de 1981 mantenido en vigor por la disposición derogatoria nº 3 del Reglamento de 1996)); los daños a sí mismos o a otras personas causados por los reclusos pueden provocar el uso de medios coercitivos como aislamiento, fuerza física personal, defensas de goma, sprays o esposas (artículos 45 Ley General Penitenciaria); la participación en agresiones físicas puede servir para calificar la peligrosidad extrema o inadaptación necesarias para la clasificación en régimen cerrado (artículo 102.5 d) Reglamento Penitenciario de 1996) de todo lo cual se deduce que la integridad física del propio sujeto y de los demás presos recibe una intensa protección por su consideración de valor de primer orden.

4.2. La autonomía personal

El derecho a la autonomía personal reconoce la facultad del individuo para decidir por sí mismo la toma de decisiones importantes sobre su propia vida decidiendo por sí mismo el plan de vida a seguir, lo que enlaza con una percepción de la dignidad que apunta a favor de la libertad individual y no de la coerción, ya que cada uno deber ser libre de tomar sus propias

decisiones, con estos argumentos en el derecho estadounidense salvo casos excepcionales en pleno uso de las facultades mentales se puede rechazar cualquier tratamiento médico aunque se pueda producir con ello la muerte¹³⁴. Aunque la autonomía está muy próxima a la libertad, dentro de la importancia que comparten aquella tendría un valor preferente consistente en llevar una vida de acuerdo con las propias concepciones frente a la segunda que quedaría como valor de decidir sin limitaciones externas de los otros¹³⁵.

La autonomía al igual que la libertad es el presupuesto necesario para que los demás valores tengan sentido, por eso en una vida autónoma la libertad es una condición necesaria ya que el valor que propugna la libertad es precisamente el de la autonomía personal¹³⁶, la relación con este valor-derecho libertad es necesaria ya que la autonomía como tal no corresponde exactamente con ningún precepto constitucional aunque hace referencia a muchos entre los que destaca el libre desarrollo de la personalidad; cuando se habla del derecho general a la libertad se puede desprender del artículo 1.1 de la Constitución que lo consagra como valor superior del Ordenamiento o bien del artículo 17 que lo recoge como uno de los derechos fundamentales pero como libertad política¹³⁷ frente a detenciones arbitrarias del po-

134 Dworkin, R. *El dominio de la vida*. Trad. R.Caracciolo y V. Ferreres Barcelona 1ª Ed 1994 pág. 239, 290 y 313

135 Rosenkrantz, C.F. *El valor de la autonomía*. en La autonomía personal Cuadernos y debates nº 37 Centro de estudios constitucionales Madrid 1992 pág. 17.

136 Bouzat, G. *El principio de la autonomía personal en la teoría constitucional*. en La autonomía personal VVAA cit. pág. 88

137 A pesar de que frecuentemente se apoya el derecho a la libertad como autonomía personal tanto en el artículo 1.1 como en el 17 de la Constitución, la doctrina constitucional suele entender que el segundo no se refiere a tal ámbito sino a la libertad física como inmunidad frente a la coacción física salvo en los supuestos legales, por eso regula las garantías de la detención preventiva. Martínez Sospedra, M *Libertades públicas* cit pág. 182, Alvarez Conde, E. *Curso de Derecho Constitucional* Vol I Madrid 1992 pág. 286, Perez Royo, J. *Curso...* cit pág. 254, Garrido Falla, F. *Comentarios a la Constitución*. 2ª Ed Madrid 1985 pág. 311. El propio T.C. en el F.J. 11 de la s. 12/90 también se expresa en los mismos terminos.

der estatal, la diferencia más importante entre una y otra vía es que solo en el segundo caso al tratarse de un derecho reconocido en la sección primera del capítulo II su protección alcanza también al recurso de amparo¹³⁸.

De acuerdo con estas consideraciones el tratamiento médico coactivo entraña una lesión al derecho a la libre autodeterminación del paciente intolerable en una sociedad liberal¹³⁹, ya que si se necesita el consentimiento para proceder a su aplicación, y con ello no se lesionan derechos o intereses de terceros es algo que queda dentro de la esfera de autonomía y decisión de la persona y por ello debe ser respetado. Sin embargo el problema se plantea al distinguir lo que el sujeto desea o persigue como parte de su vida y en el ejercicio de su autonomía, como pueda ser la intención de morir del suicida, de aquello que el sujeto simplemente consiente y por ello aun siendo necesario para el plan de vida ni es parte de él ni constituye ejercicio de autonomía¹⁴⁰. Muchas veces las restricciones a la autonomía se justifican en base a que las decisiones del individuo pueden ser atentatorias a la salud o integridad física o mental del individuo, piensese vgr. en el consumo de drogas, es el llamado paternalismo estatal que vulnera el reconocimiento constitucional de la autonomía que implica la libre elección de ideales personales y planes de vida y que no debería interferir más que en los casos en que se produzca daño a terceros¹⁴¹.

138 Esta es una de las razones que llevan a Ruíz Miguel *op. cit.* pág. 149 a preferir esta ubicación como argumento en contra de la postura del T.C. que en la s.120/90 entiende que la libertad general de actuación solo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas manifestaciones concretas a las que la Constitución da la categoría de derechos fundamentales.

139 Kaufmann, A. *Relativización...* cit. pág. 48.

140 Con esta distinción Nino, C. entiende que el consentimiento puede no ser suficiente para justificar privar a alguien de la vida o contribuir a que se la quite, sin embargo cuando hay deseo sí puede justificarse como manifestación suprema del ejercicio de la autonomía de la persona. *La autonomía personal.* en *La autonomía constitucional. Cuadernos y debates n° 37* Centro de estudios constitucionales Madrid 1992 pág. 61.

141 Nino, C. *op. cit.* pág. 79.

No obstante a pesar de todo lo afirmado hay que tener en cuenta dos cuestiones: en primer lugar que la libertad no es un derecho absoluto sino que está sometida a constantes limitaciones por parte de todas las ramas del Ordenamiento Jurídico, unas veces para garantizar el interés público y otras para salvaguardar las libertades de los demás, y en segundo lugar que en todo ámbito de autonomía individual garantizado por el Estado siempre ha de llevarse un estricto control para impedir que a través de los requisitos establecidos se encubran distintas finalidades lo que puede llevar a limitar la autonomía “si la eventualidad de abusos aparece como insuperable”¹⁴²; y ésta es precisamente la razón que, dado el contexto político en que se mueve la huelga de hambre reivindicativa, puede servir más adelante para cuestionar la no intervención y con ello legitimar en algunos casos la alimentación coactiva.

4.3. La dignidad humana

La especial relevancia de la dignidad humana parte de que los derechos fundamentales deben configurarse a partir de los valores superiores proclamados en la Constitución, afirmación derivada de la ubicación y contenido del artículo 1.1 que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y del artículo 10.1 que sitúa como fundamento del orden político y la paz social a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás¹⁴³; en este sentido la dignidad se entiende que aparece como inspiración y fundamento de los derechos fundamentales y como principio dinámico los articula

142 Nino, C. *op. cit.* pág. 62.

143 Valle Muñiz, J.M. *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*. CPC 1989 nº 37 pág. 160, 166. Del mismo *La ausencia...* cit pág. 16, Carbonell Mateu, J.C. *Libre desarrollo ...* cit pág. 664 nota 11 *Constitución, suicidio y eutanasia Cuadernos Jurídicos* nº 10, 1993 pág. 27-28.

y sistematiza teniendo como objetivo el libre desarrollo de la personalidad¹⁴⁴, ya que no se trata propiamente de un valor superior pues como tal solo han de entenderse los del artículo 1.1 sino de una clausula interpretativa de los derechos fundamentales que se recogen a continuación. De estas apreciaciones se ha derivado que cualquier tensión entre derechos y libertades y su propia regulación se ha de enfocar bajo el respeto al contenido esencial¹⁴⁵ de los derechos y libertades lo que remite a la dignidad humana y la libertad.

Bajo este prisma se puede defender que prolongar irracionalmente la vida en contra de la voluntad del sujeto puede chocar con el respeto a la dignidad humana obstaculizando el libre desarrollo de la personalidad, ya que lo contrario sería instrumentalizar la vida de una forma indigna¹⁴⁶. La vida como derecho fundamental de un Estado de Derecho actúa como soporte de los demás derechos y tiene un significado de vida digna respetuosa con la autonomía del individuo y con su libertad, de donde surge el derecho a una muerte digna para los supuestos de eutanasia pero que sin embargo no puede ser trasladado automáticamente al problema de la huelga de hambre por

144 Lucas Verdú, P. *Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales* RFDUC monográfico 2, 1979 Los derechos humanos y la Constitución pág. 25 García Herrera, M.A. *Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española* RFDUC cit. pág. 106

145 Teniendo en cuenta como criterios de aproximación los elementos mínimos que lo hacen reconocible y el criterio de los intereses jurídicamente protegidos (según dicta la STC de 8 de Abril de 1981 sobre el derecho a la huelga), que impiden su desaparición o su transformación en otra cosa, y para cuyo conocimiento hay que acudir además del texto constitucional a los conceptos jurídicos tradicionales. Prieto Sanchis, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid 1ª Ed 1990 pág. 143, García Morillo, J. *Derecho Constitucional* Vol I coord. por López Guerra Valencia 1994 pág. 423. Este contenido esencial puede definirse respecto a todos los derechos (Lucas Verdú) o bien por la poca operatividad de una esencia de la categoría de los derechos fundamentales optar por entender que cada uno de ellos encierra su propio núcleo de esencialidad, Prieto Sanchis, L. *Protección de los derechos fundamentales*, tomo IV Madrid 1984 pág. 467

146 Valle Muñiz, J.M. *Relevancia...* cit. pág. 186

las diferencias conceptuales, ni al derecho al suicidio por su difícil inclusión en la relación de derechos jurídicos, sin que de ello se derive la negación de una esfera íntima del individuo ligada a su dignidad humana que exige el máximo respeto pero que en la medida en que implique la intervención de terceras personas, especialmente los poderes públicos obliga a difíciles interpretaciones capaces de encajar en el Ordenamiento vigente.

La dignidad como valor superior tiene además un mayor refuerzo en la privación de libertad por su especial mención en la legislación penitenciaria a través del enunciado del artículo 3 de la Ley General Penitenciaria que exige respetar la personalidad humana y los derechos e intereses jurídicos de los reclusos en la actividad penitenciaria, y por la enumeración de una serie de actividades que se han de llevar a cabo respetando en todo caso tal interés del recluso (vgr. artículo 23 LGP respecto a cacheos, registros y recuentos)

4.4. Compatibilidad entre los derechos y libertades del recluso

Vistos los derechos, valores e intereses del recluso huelguista que pueden resultar afectados en torno a la alimentación forzosa, es perceptible que no siempre es posible de una manera compatible proteger todos ellos ya que en ocasiones la salvaguarda de alguno de ellos, vgr. la vida, conlleva un enfrentamiento frontal con otro como pueda ser fundamentalmente la autonomía individual, por ello deben marcarse unos criterios que puedan guiar la ponderación entre los derechos fundamentales entre sí¹⁴⁷; para buscar esa compatibilidad hay que deter-

147 Hay que tener en cuenta que en este punto se trata de coordinar la protección constitucional de los distintos derechos y libertades fundamentales que resultan afectados en el tema objeto de estudio, ya que más adelante ya se abordará la distinta protección penal que se otorga a todos los derechos y libertades afectados y con ello las posibilidades que existen para tratar de legitimar la conducta intervencionista.

minar si se pueden o no cotejar valores y derechos y en su caso si es posible establecer un criterio jerarquico entre todos ellos que nos indique cual puede tener un valor preferente en la tarea interpretativa.

Para articular coherentemente el sistema de derechos fundamentales necesariamente se ha de hacer referencia a los valores que le inspiran. La expresión valores superiores es propia de nuestra Constitución (y por ello desconocida en el Derecho Constitucional comparado)¹⁴⁸ recoge una enumeración no jerarquica ni exhaustiva¹⁴⁹ de criterios interpretativos que inspiran, orientan y modulan todo el Ordenamiento Jurídico¹⁵⁰ por eso sirven de fundamento en la lectura de los derechos constitucionales como guia general y referencia suprema de una visión dinámica del Derecho; de esta manera su alcance se desarrolla en el campo de la interpretación fundamentalmente constitucional sin tener eficacia normativa directa o por lo menos sui generis ya que no pueden ser utilizados como justificación de una decisión jurisdiccional¹⁵¹. Esta peculiaridad consistente en que los valores no puedan ser ejercitados frente a los Tribunales aunque sea cierta, ha de matizarse si se tiene en cuenta que dado que los derechos fundamentales vienen a ser la concreción de los valores superiores, en ultima instancia siempre estan detrás de cualquier pretensión jurisdiccional.

En la conceptualización de los valores se ha creado una enfatizada polémica doctrinal con implicaciones filosófico-jurídicas en torno a su distinción de figuras afines tales como prin-

148 Así lo afirman entre otros Lucas Verdú, P. *Estado social ...* cit pág. 59 y Peces Barba, G. *Los valores superiores*. Derecho y derechos fundamentales. Madrid 1993 pág. 241,

149 Aunque a veces se dice que no son los citados en el artículo 1.1 los unicos valores, otras se dice que en sentido estricto solamente son valores la libertad y la igualdad.

150 Lucas Verdú, P. *Estado social y democrático de Derecho*. Comentarios a las leyes políticas dirigidos por Oscar Alzaga Tomo I Madrid 1983 pág. 59-63

151 Acerca de las posiciones doctrinales sobre la definición y alcance de los valores, vid. Aragón, M. *La eficacia jurídica del principio democrático* Revista española de Derecho Constitucional nº 24, 1988 pág. 20-21

cipios y normas; estos contornos poco precisos se han manifestado incluso en algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional como en la sentencia del aborto (53/85) que en sus F.J. 3 y 5 afirma que la vida humana es un valor superior del Ordenamiento Jurídico afirmación que no se comparte en el voto particular del Magistrado Tomás y Valiente que puntualiza que la vida no es un valor ya que como tales solo hay que considerar a los del artículo 1.1. de la Constitución. Y es que verdaderamente llegado el momento de compatibilizar los intereses que entran en conflicto no hay que dejar de lado que la vida es un derecho fundamental y la libertad aunque también lo sea, en el sentido aquí expresado es un valor superior del Ordenamiento Jurídico, por ello la discusión en su caso llevara a determinar si es posible ponderar valores y derechos.

La concepción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores en los que a cada uno le corresponde un diferente lugar jerárquico, resuelve la ponderación en base a ese distinto rango que la propia Norma Fundamental ha asignado a cada uno de ellos¹⁵². Sin embargo la Constitución Española no contempla rango alguno entre los derechos fundamentales¹⁵³ ya que los coloca a la par, por eso los derechos fundamentales tienen todos ellos el mismo valor y solo se puede decir que un derecho fundamental¹⁵⁴ es superior a otro no fundamental. El

152 Críticamente de Otto entiende que la única jerarquía de valores de la que se puede hablar es la que la propia Constitución contiene a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Norma Fundamental, De Otto, I *Derechos fundamentales y constitución* 1ª Ed. Madrid 1988 pág. 117, 121, 143-144. En este sentido el principio de unidad de la Constitución como igualdad normativa de todos los preceptos impide efectuar la ponderación exclusivamente desde una exégesis constitucional para salirse de la línea trazada por el Derecho positivo a cuestiones ajenas a él.

153 F. Tomás y Valiente al formular su voto particular en la s. 53/85 crítica la consideración de la vida como valor superior por entender que valores son solamente los del artículo 1.1. de la Constitución, y afirma que las jerarquizaciones axiológicas además de peligrosas son ajenas al texto constitucional.

154 El contenido mínimo de todos los derechos fundamentales presenta las características de eficacia directa, indisponibilidad para el legislador, co-

Tribunal Constitucional para resolver los límites entre derechos fundamentales, bienes y valores constitucionalmente protegidos ha entendido que como no son absolutos, deben ceder en su protección atendiendo a las circunstancias de cada supuesto en un proceso de “ponderación de bienes”¹⁵⁵ que justifique suficientemente la opción realizada de modo que la limitación de un derecho ha de estar siempre apoyada en la proporcionalidad y necesidad entre la medida limitadora y la exigencia de preservar otro derecho o valor que se considera preferente en una situación concreta, y además debe respetar el contenido esencial para no vulnerar el contenido mínimo del derecho afectado¹⁵⁶. A las críticas generales a la teoría de la ponderación apuntadas por la doctrina además hay que sumar otras específicas cuando se trata de una relación de sujeción especial por los decisivos valores que cobran la jerarquía, organización, eficacia o buen funcionamiento con el riesgo que ello conlleva de volatilización de los derechos fundamentales¹⁵⁷.

tenido esencial, control judicial y control de constitucionalidad, lo cual puede definir tanto a los derechos de la sección primera como a los de la sección segunda del capítulo II, sin embargo las consecuencias jurídicas cambian en los “nominalmente” fundamentales según el constituyente que son los de la sección 1ª y que se definen por la protección rígida, la necesidad de ser regulados por ley orgánica y por el procedimiento preferente y sumario y la posibilidad de recurso de amparo para su tutela. Pérez Royo, J. *Curso de derecho Constitucional* Madrid 1994 pág. 239-240.

155 Vives Antón en contra de la teoría de la ponderación al respecto entiende que cualquier conflicto se ha de resolver con el sacrificio de uno de ellos y como esto representa una limitación del derecho, necesariamente ha de ser establecida por ley, sin que recaiga tal cometido en una valoración judicial que sustituya la tarea del legislador. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia 1993 pág. 678-680; también crítico con la teoría de la ponderación en *Valoraciones...* cit pág. 134, 147-148

156 Sobre la teoría de los límites immanentes vid. Prieto Sanchis, L. *Estudios ...* cit pág. 147-148, Bea Pérez, E. *Los derechos humanos*. en VVAA Introducción a la teoría del Derecho 2ª Ed Valencia 1994 pág. 389

157 López Benitez, M. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. 1ª Ed. Madrid 1994 pág. 412

Tanto en el tema de la huelga de hambre como en otros próximos (transfusiones de sangre a los testigos de Jehová, eutanasia...) el conflicto más importante se da entre el derecho a la vida y otros valores constitucionales, fundamentalmente la libertad y dignidad humana como proyecciones de la autonomía personal, lo que en definitiva remite a los siguientes preceptos constitucionales: art. 1.1 de la Constitución “...*proclama como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”; art. 10 que abriendo el título I de los derechos y deberes fundamentales declara que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”; artículo 15 que recoge en primer lugar entre los derechos fundamentales y las libertades públicas el derecho a la vida.

A la vista de esos enunciados la cuestión sería si es posible determinar cuál de ellos ha de ser protegido de forma preferente ya que un respeto simultáneo de todos ellos parece difícil ya que, en principio, la salvaguarda de uno conduce irremediablemente a la lesión del otro, con lo cual la pregunta sería ¿de la lectura constitucional se puede desprender un valor superior del derecho a la vida o por el contrario es superior el valor de la libertad?

Hay quienes entienden que la vida es el derecho fundamental prioritario sobre el que se asientan todos los demás derechos y por ello su salvaguarda es preferente a la de cualquier otro derecho que resulte afectado, la razón podría estar según algún autor en la ubicación del artículo 15 en primer lugar de todos los derechos por delante entre ellos del derecho a la libertad ideológica recogido en el artículo 16, del derecho a la libertad personal del artículo 17 y del derecho a la libertad de expresión del artículo 20, sin embargo ese orden no parece razón suficiente para defender una tácita jerarquización; por otro lado la supremacía de estos derechos fundamentales se derivaría del artículo 53.2 de la C.E., que les otorga la posibilidad de recla-

mar su tutela directa ante los Tribunales a través de procedimiento preferente y sumario así como del recurso de amparo, por su ubicación en la sección 1ª del capítulo II de la C.E., lo que da pie a que se defienda que la propia Constitución parece configurar una clasificación de derechos y libertades en función del sistema de protección de los mismos¹⁵⁸.

Otra postura defiende por el contrario que es preferente el derecho a la libertad lo que exige una absoluto respeto a la autonomía de la voluntad y al libre desarrollo de la personalidad, la razón de ello se encuentra en que la libertad se regula en el artículo 1.1. de la C.E. como *uno de los valores superiores* del Ordenamiento Jurídico lo que la sitúa en la cúspide de los valores¹⁵⁹ y que el artículo 10.1 constituye el punto de referencia del que fluyen todos los derechos fundamentales al establecer que *la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y la paz social*; esto conduce a entender que la expresión valor superior implica una referencia a los demás valores consagrados en el texto constitucional a los que se supone inferiores, estableciendo con ello una especie de jerarquía dentro de la propia Constitución¹⁶⁰.

Por último la postura que puede considerarse más acertada consiste en entender que no es posible jerarquizar los valores, y que en todo caso tampoco quedaría claro que los valores estuvieran por delante de los derechos fundamentales¹⁶¹ por la imposibilidad de comparar valores y derechos, ya que tan insatisfactoria resulta la idea de una vida sin libertad desprovista con

158 Alvarez Conde, E. *Curso de Derecho Constitucional* ... cit. pág. 415.

159 Cobo, M.-Carbonell, J.C. *Conductas relacionadas...* cit. pág. 66. Zugaldía, J.M. *op. cit.* pág. 293 critica duramente la postura de Queralt (pág. 14-16 y 45 1ªEd y pág. 40-41 2ªEd) cuando para defender que la libertad humana debe pasar a un primer plano en el lugar que tradicionalmente ha ocupado la vida, llega a negar el carácter de valor fundamental e incluso de valor a la vida en el Ordenamiento Jurídico.

160 Alvarez García, J. *Bien jurídico y Constitución*. CPC nº43 1991 pág. 25

161 Expresa sus dudas al respecto Luzón Peña, D.M. *Estado de necesidad* ... cit pág. 56 nota 40.

ello de cualquier tipo de proyección¹⁶² como la configuración de la libertad sin el soporte necesario de la vida humana, dado que ésta se presenta como el presupuesto necesario para ejercicio de todos los derechos y libertades¹⁶³.

Una forma de coordinar todo lo anteriormente declarado sería partir de los valores constitucionales como criterios preferentes que fundamentan la interpretación de todo el ordenamiento Jurídico, pero entendiendo que todo el sistema de derechos y libertades fundamentales constituye un todo unitario¹⁶⁴ jerarquizado en función de los valores que lo informan; de esta manera en la interpretación constitucional se ha señalado que el principio “in dubio pro libertate” cobra una especial importancia como una presunción general de todo Estado de Derecho en favor de la libertad, lo que finalmente se extiende a toda interpretación de derechos y no solo a los casos dudosos en aras al principio “favor libertatis” lo que significa que la interpretación

162 En este sentido Peces Barba, G. señala que es una argumentación reiterada sostener que el fin de la vida humana es alcanzar la libertad moral, sinónimo de autonomía e independencia respecto a los demás. *Curso de derechos fundamentales (I) teoría general*. Madrid 1991 pág. 179. También rechaza el conflicto entre vida y libertad de una misma persona Bueno Arus, F. *El rechazo ...* pág. 396

163 Así destacados constitucionalistas han definido el derecho a la vida como el prius ontológico, lógico y axiológico de todos los derechos y libertades (Lucas Verdú, P. *Estado social...* cit. pág. 64), más que un derecho entiende Perez Royo que es el presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos y libertades (*Curso...* cit. pág. 247) y también Martínez Sospedra afirma que el goce del derecho a la vida y a la integridad física es el presupuesto del goce de todos los demás porque la vida lo es de la existencia de la persona, sujeto titular de los derechos fundamentales y la integridad física y moral es presupuesto de la libertad personal (*Libertades públicas* Valencia 1993 pág. 66).

Por su parte el T.C. aun sin establecer un catálogo de derechos de posición preferente sí ha reconocido que el derecho a la vida ocupa una posición singular (s.T.C. 53/85)

164 Lo que significa que los derechos fundamentales no se interpreten como compartimentos estancos dotados de una lógica propia y un sentido autosuficientes sino como un elemento del sistema unitario, Perez Luño, A.E. *Derechos Humanos, estado de Derecho y Constitución* Madrid 1984 pág. 316

de los derechos fundamentales se haga respetuosa con un sistema unitario de libertades, evitando las interpretaciones restrictivas o contrarias a su plena eficacia¹⁶⁵.

Así pues ante las dificultades y dudas para determinar si el derecho a la vida es o no superior a la libertad individual, la única solución respetuosa con la dignidad humana consistiría en realizar una lectura que intente compatibilizar ambas por la insuficiencia que traería uno sin el otro y viceversa, y como no se pueden comparar pues una sin la otra son realidades vacías en los casos dudosos como el presente una posibilidad sería realizar en última instancia una lectura a favor de la libertad; llegados a este punto no por vía de ponderación sino en virtud del principio favor libertatis, se podría optar por la libertad humana y la autonomía individual, pero esto que en general puede ser válido¹⁶⁶ en el caso de la huelga de hambre penitenciaria podría llevar a una solución insatisfactoria por quedar abiertas unas dudas difíciles de despejar:

- ¿es verdaderamente libre la decisión del huelguista de no tomar alimento, o el hecho de estar motivada por una cuestión que afecta a su situación penitenciaria y que se deba a una estrategia de grupo resta o cuestiona tal calificativo de decisión libre?¹⁶⁷

165 Pérez Tremps, P. en *Derecho Constitucional* Vol I. coord. por López Guerra, L. Valencia 1994 pág. 140

166 En esta línea se puede situar la hipótesis que el T.C. plantea en su sentencia 120/90 F.J. 6 al declarar “ *las limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa .. podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas* “ o el F.J. 7 al afirmar que “ *podría ser ilícita la interferencia frente a quien asume el riesgo de morir* ”.

167 Juanatey Dorado, C., *Derecho, suicidio...* cit pág. 332 aun decantándose por la justificación de la conducta omisiva en orden al respeto a la autonomía de la voluntad, reconoce que en la praxis es muy difícil que se produzcan supuestos de huelga de hambre en los que se pueda hablar de “voluntad de morir” del huelguista y que se pueda decir además, que esa voluntad es autónoma, sobre todo cuando se trata de presos pertenecientes a bandas o grupos terroristas que normalmente actúan sometidos a una fuerte presión ejercida por la organización.

- ¿se puede afirmar con seguridad que esa voluntad reivindicativa de pretender un cambio de postura en las autoridades penitenciarias ha de asimilarse a la clara e indubitada decisión de morir del suicida?

- ¿la Administración no podría servirse de ésta vía para desprenderse de individuos hostiles, bien desde un inicio con la toma de decisiones no claramente justificables o aprovechando tal situación para acallar voces discordantes?

Estos interrogantes conducen a que la solución “favor libertatis” deje dudas sin cubrir, lo que impide resolver el conflicto en sede de derechos intrapersonales¹⁶⁸ y obliga a conducirlo a la dicotomía entre derechos y deberes¹⁶⁹ para lo cual es necesario analizar en qué consisten esos deberes y cuales son sus límites. Así constatado este difícil equilibrio y los problemas jurídico-penales que puede traer esta interpretación a favor de la libertad, la tarea subsiguiente consiste en determinar los deberes de la Administración en aras a encontrar si alguno de ellos puede tener entidad suficiente para poder legitimar la obstrucción sobre la libertad que entraña la alimentación forzosa.

5. LOS DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN

En este apartado se trata de analizar los deberes de la Administración penitenciaria que pueden verse afectados ante una huelga de hambre reivindicativa, ya que dada la relación jurídica penitenciaria junto a los derechos de los reclusos se sitúan los deberes de la Administración como contraprestaciones necesarias para dar validez a tales derechos. Entre esos deberes hay dos que destacan por su especial implicación, se trata del deber de

168 Ruiz Miguel, A. *Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)* Revista del Centro de Estudios Constitucionales nº 14 1993 pág. 135 establece la diferencia entre conflictos interpersonales cuando los titulares de los derechos son distintos individuos y conflictos intrapersonales cuando pertenecen al mismo individuo.

169 Milans, S. *op. cit.* pág. 110 sitúa el conflicto entre los derechos del interno y los deberes de la Administración.

velar por la vida y la salud de los presos en el sentido de si puede llevar a configurar una obligación intervencionista en aras al cuidado de la salud, y del uso de medios coercitivos en los casos en que la propia legislación penitenciaria lo permita. Como premisa previa se ha de situar la problemática de los deberes de la Administración sobre la base de la relación especial de sujeción por cuanto en algunos casos puede llevar a legitimar un restricción de los derechos fundamentales de los presos.

5.1. La relación de sujeción especial

Lo primero que llama la atención en esta figura es que si bien su existencia va vinculada a un Estado donde la Administración funciona libre de obstáculos y donde el peso no recae precisamente sobre las leyes, su reforzamiento ha llegado en un momento en el que la protección constitucional de los administrados frente al poder de la Administración está en alza¹⁷⁰, y ello sorprende en la medida en que el Tribunal Constitucional ha hecho uso de ella para fundamentar la intervención médica en la huelga de hambre penitenciaria con la restricción de los derechos fundamentales que puede comportar. Así, aunque el Tribunal Supremo se había referido a esta figura en varias ocasiones, entre ellas s. 23.4.76 (R.2385) y s. 26.3.77(R.1813), su mayor repercusión se ha originado a través de algunos de los supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha reiterado que la relación del interno con la Administración penitenciaria es de sujeción especial. De esta forma algunas de las sentencias que lo han recogido con mayor precisión son las siguientes:

- Sentencia 2/1981 de 30 de Enero, con ella el Tribunal Constitucional justifica la compatibilidad entre sanciones penales y administrativas en los casos de supremacía especial rechazando con ello la posible vulneración del principio *ne bis in idem*.

170 Mapelli Caffarena, B. *Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario*. Estudios penales y criminológicos XVI, 1992-1993 pág. 286.

- Sentencia 74/1985 de 18 de Junio entiende que de la relación de sujeción especial del interno con la Administración Penitenciaria se deriva una potestad sancionatoria disciplinaria.

- Sentencia 2/1987 de 21 Enero sobre imposición de sanciones penitenitenciarias recogidas exclusivamente en el Reglamento Penitenciario. “...*El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular a un poder público...*”

- Sentencia 120/90 de 27 de Junio sobre alimentación forzosa a presos en caso de huelga de hambre. “...*Aunque el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso (STC 61/90) no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC2/87, y así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo artículo 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en los centros penitenciarios...*”

No es común la acepción empleada para cobijar estas relaciones de dependencia de la Administración con ciertos sectores de administrados en virtud de las cuales se crea un entramado de derechos y obligaciones mutuos, así la inicial expresión alemana “*besonderes Gewaltverhältnis*”¹⁷¹ de finales del siglo

171 Sobre los antecedentes históricos de esta expresión y de su contenido ampliamente López Benítez, M. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción* 1ª Ed Madrid 1994 pág. 53 y ss.

XIX se tradujo primero como relación especial de poder, y luego como supremacía especial o bien sujeción especial; la acentuada dependencia que se traduce en una libertad restringida son las notas más características que su autor más representativo Otto Mayer¹⁷² atribuye a la relación de sujeción especial, cuya evolución desde su nacimiento bajo la monarquía constitucional alemana¹⁷³ del siglo XIX hasta nuestros días ha sufrido relevantes modificaciones para adecuarla al sistema apoyado en la idea de libertad constituido tras la segunda guerra mundial, entre cuyos mayores retos destaca la difícil tarea de enfrentarse a instituciones tales como la reserva de ley o la protección jurídica de los derechos fundamentales.

En esta evolución se han distinguido tres fases muy diferenciadas: la primera de ellas sería la de su nacimiento bajo el autoritarismo en el que se desplegaría con fuerza todo el poder de la Administración sin ningún tipo de garantías ni de límites, la segunda se desarrollaría en torno a la reunión de los Profesores alemanes de Derecho Público (Derecho Constitucional y Derecho Administrativo) celebrada en Mainz en 1956 quienes con el propósito de adecuar las relaciones de sujeción especial a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 llegaron a conclusiones tales como la necesidad de la reserva de ley o control judicial, y la última sería el cambio producido por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de Marzo de 1972¹⁷⁴ sobre un su-

172 Este autor fué quien consiguió su asentamiento en el Derecho Administrativo, pero anteriormente ya habían utilizado la expresión Laband, Schmitthener, Jellinek, Thoma... García Anabitarte, A. *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*. RAP n° 34 1961 pág. 13.

173 Sus características más destacadas son que el poder del Rey tiene su fundamento en la Constitución y que se trata de un poder limitado por los derechos del pueblo y sus órganos representativos. García Macho, R. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*. Madrid 1992 pág. 30.

174 Sobre su repercusión tanto en la relación de sujeción especial como en los derechos fundamentales de los presos Mapelli, B. *Las relaciones especiales...* cit. pág. 303-306, García Macho, *Las relaciones de especial...* cit. pág. 82 y ss.

puesto de correspondencia interceptada a un preso, en cuyas conclusiones rechaza que la sola invocación de las relaciones especiales de sujeción sirva de justificación para limitar los derechos fundamentales que en todo caso deben ver sus garantías formales respetadas a través de una ley, lo que además de obligar al legislador alemán a promulgar una ley penitenciaria, provoca un definitivo movimiento doctrinal que se inclina por la desaparición de la figura dada su incompatibilidad con la nueva normativa constitucional¹⁷⁵.

En España el primer estudio específico sobre la relación de sujeción especial se debe a Gallego Anabitarte¹⁷⁶ que lo analiza en el seno del Derecho Administrativo a través de su relación con el principio de legalidad. El contenido más o menos común de la figura, pues se refiere a relaciones tan distintas entre sí que es difícil poder unificar¹⁷⁷, encierra una mayor intensidad en la primacía habitual de la Administración en virtud de una relación jurídico-administrativa que se da en algunas relaciones para aumentar su operatividad en sectores tan dispares como los funcionarios públicos, militares, alumnos o reclusos¹⁷⁸;

175 López Benítez, M. (*op. cit.* pág. 150 nota 273) aun recogiendo esta evolución la tacha de excesivamente reduccionista tal como la expuso Ronellenfitsch.

176 Gallego Anabitarte, A. *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*. RAP nº 34, 1961

177 Sobre la necesidad de diferenciar las distintas relaciones de sujeción por su distinta justificación y alcance, Jimenez Blanco, A. *Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. La Ley 1988-2 pág. 989, Garcia Macho, R. *Las relaciones...* cit. pág. 50.

178 Estos pueden ser algunos de los supuestos citados mayoritariamente pero por la ambigüedad del concepto son muchos más los que recoge la doctrina aunque sin lograr la unanimidad, entre ellos las corporaciones profesionales, los seguros, los concesionarios, los promotores de viviendas de protección oficial ... y muchos más que provocan por la gran diferencia entre ellos que prefiera hablarse de relaciones especiales de sujeción en lugar de relación especial de sujeción huyendo de una categoría unitaria. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hecho un uso desmedido de ésta figura lo que ha provocado duras críticas doctrinales por el daño que puede suponer al Estado de Derecho.

la admisión de la sujeción especial en la relación penitenciaria ha sido reconocida entre otros por Ignacio de Otto, Sosa Wagner o García Macho¹⁷⁹, sin embargo en los últimos años son varios los penalistas que rechazan tal figura por la inadmisibles restricción de derechos que ocasiona¹⁸⁰ aunque se trate de armonizar con los derechos fundamentales bien enumerando los derechos que resulten limitados en cada supuesto o bien contemplando la posibilidad de su limitación a través de las relaciones de sujeción contenidas por la Constitución. Los problemas que se plantean en general con las relaciones de sujeción especial, pero con mayor intensidad en relación a los reclusos son la validez del principio de legalidad en el sentido de exigir en toda intervención administrativa autorización legal, el respeto a los derechos fundamentales del individuo y el control judicial¹⁸¹, por eso en un Estado de Derecho no es compatible la restricción de los derechos del recluso en base a la relación de sujeción especial mostrándose como exigencia insoslayable que toda restricción sea permitida a través de una ley¹⁸².

179 De Otto, I. *Sistema de fuentes...* cit pág. 219, Sosa Wagner, F. *Administración...* cit. pág. 101, García Macho, R. *Las relaciones ...* cit. pág. 50 y pág. 208.

180 En este sentido Diez Ripollés, J.L. *La huelga de hambre...* cit pág. 615, Mapelli, B.-Terradillos, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 1ª Ed Madrid 1990 pág. 140. A favor de la figura García Valdés, C. *Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas* en Lecciones de Derecho Penitenciario Alcalá de Henares 2ª Ed 1989 pág. 38, Garrido Guzmán, L. *Manual de ...* 1983 cit pág. 204, Gomariz, R. *Algunas consideraciones ...* cit pág. 908 y como sujeción disciplinaria siempre que cualquier restricción derive de la legislación penitenciaria Luzón Peña, D.M. *op. cit.* pág. 49.

181 Alonso de Escamilla, A. *El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria*. CPC nº 40 1990 pág. 147-148, García Macho, R. *Las relaciones...* cit. pág. 179

182 Kaiser, G./Kerner, H.J. Schöch, H. *Strafvollzug* 3ª Ed Heidelberg 1983 pág. 96. Como señala García Macho, R. *Las relaciones...* cit pág. 230 antes incluso de la Constitución Española autores como Sosa Wagner o López Ramón ya plantearon que los derechos fundamentales de los presos tenían que ser respetados, aun encontrándose en una relación de sujeción especial por la necesidad de establecer claramente los límites entre la ley y el reglamento.

La Constitución de 1978 en su artículo 25.2 después de declarar que los condenados a prisión gozaran de todos los derechos fundamentales, exceptúa aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la *ley penitenciaria*. Desde un punto de vista estricto *exclusión autorizada por el sentido de la pena* sería la propia privación de libertad, y al margen de ello el resto de derechos limitados lo han de ser teniendo en cuenta los fines de la ejecución penitenciaria, es decir la reeducación y reinserción social, lo que reducirá en mucho los derechos que pueden ser limitados y abrirá un amplio abanico de derechos que además de no poder ser limitados pueden llevar a diseñar una auténtica exigencia de garantía y prestación por parte de la Administración. Por todo ello la relación de sujeción especial en la ejecución penitenciaria exige como postulados básicos de un Estado de Derecho respetuoso con las garantías constitucionales¹⁸³ la preceptiva autorización legal para cualquier restricción de derechos fundamentales, un estricto control judicial, y la sustitución de los intereses propios de la Administración por los fines propios de la ejecución penitenciaria reconocidos tanto en la Constitución como en la legislación penitenciaria. Este parece ser el sentido recogido por el Tribunal Constitucional ya que en su sentencia 120/90 declara que la relación especial de sujeción debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, y que entraña una serie de deberes específicos entre los que destaca el de velar por la vida, integridad y salud de los reclusos. No se puede compartir, sin embargo la opinión de la s. 2/1987 del T.C. que excluye la necesidad de reserva de ley para las infracciones penitenciarias, pues la sujeción especial aunque se separe del ius puniendi genérico del Estado no ha de incumplir la reserva de ley que para las normas que afecten al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas establece el artículo 81 de

183 Sosa Wagner, F. *Administración Penitenciaria*. Revista de Administración Pública 1976 pág. 103.

la Constitución¹⁸⁴, ya que en todo caso ha de admitirse la relación de sujeción de forma restringida y compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales¹⁸⁵. El nuevo Reglamento Penitenciario de 1996 declara en su artículo 3.2 que los derechos de los internos solo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes, lo que sin embargo luego no cumple ya que más adelante en el artículo 210 contempla una restricción al derecho a rechazar el tratamiento médico-sanitario.

Llegados a este punto en que la obligación de la Administración tendría una misión fundamental de garantizar los derechos fundamentales del recluso la cuestión sería, ¿esta exigencia se extiende también a los casos en que el sujeto rechaza dicha prestación? Su respuesta se ha de encontrar en el estudio de los límites de esas obligaciones o deberes que ostenta la Administración respecto a los reclusos, concretamente del deber de velar por la vida de los reclusos y del deber de mantener el orden público.

5.2. El deber de velar la vida y la salud del recluso

Los artículos 3, 4 y 6 de la LOGP perfilan el estatuto jurídico del recluso dando contenido a la relación de sujeción especial como contraprestación recíproca de derechos y obligaciones por parte de la Administración penitenciaria y de los reclusos.

184 Esta falta de garantías y los problemas planteados en un Estado de Derecho mueven a González Navarro a rechazar la diferencia entre sujeción general y sujeción especial *Poder domesticador del Estado y derechos del recluso*. Estudios sobre la Constitución Española Homenaje a García de Enterría Iª Ed Madrid 1991 pág. 1088. Por su parte García Macho, R. *Las relaciones...* cit pág. 234-235 sin llegar tan lejos si critica duramente la STC 2/87 por desvirtuar los límites de la reserva de ley hasta el punto de desaparecer su propia fundamentación lo que le hace entender que solo cuando la Constitución admita el supuesto de una relación de sujeción especial se podrá aplicar tal concepto. Especialmente crítico con ésta sentencia se muestra Mapelli, B. *Las relaciones...* cit. pág. 311 y ss.

185 González Cano, M^ºI. *La ejecución de la pena privativa de libertad*. Valencia 1994 pág. 112.

sos; de esta forma la Administración asume una serie de responsabilidades con los reclusos y éstos tienen encomendado el cumplimiento de un catálogo de deberes mínimos, para su correcto funcionamiento es esencial la misión que ejerce el juez de vigilancia penitenciaria como garante de que esta relación de supremacía se desarrolle con todas las garantías y con un estricto cumplimiento del principio de legalidad¹⁸⁶.

El artículo 3.4 de la Ley orgánica general penitenciaria y 5.3 de su Reglamento de 1981 establecen el deber de la Administración de velar por la vida, salud e integridad de los internos¹⁸⁷, y el artículo 36.1 de la L.G.P. y 288 del R.P. se establecen las mismas funciones respecto al personal médico, con algunas tan específicas como dar cuenta del estado de los enfermos graves. Esta obligación asistencial se deriva de la especial situación en que se encuentra el recluso ya que por su privación de libertad no puede por sus propios medios atender al cuidado de su salud con los mecanismos asistenciales de cualquier ciudadano. Dado el carácter garantista¹⁸⁸ de dicha obligación la Administración tiene en principio el deber de ofrecer las prestaciones sanitarias pero en ningún caso de imponerlas, ya que el recluso como enfermo tiene los mismos derechos que el ciudadano libre¹⁸⁹ y por ello salvo las excepciones legales no es posible imponer tratamiento médico en contra de su voluntad, ya que ésta ha de ser respetada si es libre y voluntaria. El sentido de la obligación de velar por la vida se deriva de la propia custodia pues de ahí surge el deber de impedir cualquier atentado contra la vida o integridad de los presos. El problema de la ambigüedad de estos

186 Alonso de Escamilla, A. *op. cit.* pág. 151.

187 En esta obligación se pueden ver argumentos tanto relativos a la protección de la vida incluso por encima de la voluntad de su titular como relativos al aspecto social de los derechos individuales. A favor de este último López Benítez, M. *op. cit.* pág. 422, en contra la posición ya expresada anteriormente por Carbonell Mateu.

188 Díez Ripollés, J.L. *La huelga...* cit pág. 621, Bajo Fernández, M. *Prolongación artificial...* cit pág. 730.

189 En este sentido se expresaba el voto particular del Magistrado Rodríguez Piñero en la sentencia 120/90.

enunciados se acrecienta ante la duda de si se puede extender a la huelga de hambre, por eso en ocasiones se ha reclamado que la legislación penitenciaria se manifieste al respecto para evitar interpretaciones extensivas¹⁹⁰. Y esto es precisamente lo que ha hecho el Reglamento Penitenciario de 1996 al contemplar en su artículo 210 la posibilidad de imponer tratamiento médico-sanitario contra la voluntad del recluso cuando exista peligro inminente para su vida, a cuyas críticas formuladas anteriormente nos remitimos y que se sintetizan en tres: debería contemplarlo la Ley, no el Reglamento; debería mencionar expresamente la huelga de hambre; debería haberse adaptado a la nueva formulación del consentimiento en el Código Penal de 1995.

Sobre la posibilidad de intervenir se pueden seguir varias posturas: a) el deber de intervenir comienza cuando el sujeto se encuentra en extrema debilidad o peligro grave (Bueno Arus, Climent, Milans), b) el deber de velar por la vida tiene un carácter garantista limitado por el deber de respetar la libertad y dignidad del huelguista pero reaparece cuando se pierde la conciencia (Diez Ripollés) y c) el deber de velar por la vida del recluso implica una medida paternalista y por tanto rechazable en todo caso por no respetar la autonomía individual del sujeto. (Atienza, Silva)

No hay que olvidar que el tema de la huelga de hambre necesariamente exige ser abordado desde el punto de vista estrictamente penitenciario, ello conlleva que suponiendo que pretendidas razones humanitarias pudieran aconsejar alimentar a toda costa, o razones jurídico-penales puedan aconsejar abogar por defender la libertad por encima de todo, éstas no pueden ser unilateralmente manejadas dado que la relación de dependencia y jerarquía existente entre el recluso y la Administración supedita cualquier tipo de solución ya que hay que tener presente que el recluso está bajo la custodia estatal. Por eso si bien

190 Ya se ha mencionado anteriormente la conveniencia de una regulación expresa apuntada por Bajo Fernández *Manual de Derecho Penal. (P.E.) Delitos contra las personas*, 2ª Ed Madrid 1991 pág. 80.

no hay problema para afirmar que el recluso tiene el mismo derecho al suicidio que el ciudadano libre y por tanto su incriminación tendrá los mismos efectos que en la vida en libertad, respecto a la huelga de hambre reivindicativa no se puede decir lo mismo, pues las dudas sin despejar son tan decisivas¹⁹¹ y la responsabilidad de la Administración tan manifiesta (de hecho en última instancia es quien ha desencadenado el origen de la huelga de hambre de los reclusos), que provocan que el respeto preferente a la libertad que se produciría en el ciudadano libre no pueda, por lo menos libre de dudas, ser trasladado a la situación del recluso huelguista. De todo ello se concluye que por no constar la voluntad de morir del recluso y por la custodia estatal sobre la persona del recluso, el deber de asistencia puede tener una especial intensidad en el momento en que el recluso se encuentre en grave peligro para su vida o su salud por la no ingestión de alimentos, por eso en ese momento el deber de cuidado puede justificar la alimentación para ver cumplidas las obligaciones legales.

En todo caso hay que precisar que el deber de velar por la vida no legitima cualquier tipo de medio instrumental, ya que el respeto a la dignidad humana ha de presidir la actuación médica tendente a facilitar la alimentación forzada, esta puntualización es necesaria hacerla habida cuenta de que los procedimientos para llevarla a cabo tienen un elevado componente de degradación humana. Además este deber de velar por la vida si existe, evidentemente no ha de tener en cuenta que el fin perseguido por el huelguista sea o no ilícito pues sería tanto como premiar con el respeto a la autonomía individual a los reclusos no conflictivos y negarla a aquellos que se muestren críticos con la Administración penitenciaria o bien fundamentar la imposición en una especie de derecho de defensa por la situación incomboda en que colocan a las autoridades, tal pretensión atentaría

191 Climent, C. *op. cit.* pág. 6445 opta por la preferencia del deber de velar por la vida del recluso precisamente por el hecho de no constar que la decisión de morir del huelguista sea clara e inequívoca.

numerosos principios tales como el principio de igualdad, la libertad de expresión, la dignidad humana ...¹⁹².

5.3. Mantenimiento del orden y uso de medios coercitivos

El reconocimiento constitucional de un derecho general a la libertad no impide que la ley pueda establecer limitaciones justificadas por su carácter razonable o perentorio, sin embargo mantener que se pueda imponer la alimentación forzada a reclusos en huelga de hambre exclusivamente por exigencias de orden público, dadas las negativas consecuencias políticas que puede provocar en un sistema democrático, resulta cuanto menos dudoso y discutible. La tutela de la vida y la salud no puede depender de circunstancias tan alejadas de su dignidad como son el mantenimiento del orden público¹⁹³, por eso el uso coactivo fundamentado en el orden público vulnera la dignidad humana si lesiona bienes jurídicos que no interfieren en la libertad ajena. Como además la huelga de hambre es un medio de protesta pacífico, no es legítimo reaccionar frente a él como si fuera un medio violento que se puede reprimir coactivamente¹⁹⁴, lo que sucedería en el caso de que a causa de ello brotaran motines y desordenes graves, en estos casos cabría el recurso al orden público incluso por las consecuencias para el sistema democrático, aunque también son muchas las dudas que laten respecto a su carácter perentorio¹⁹⁵.

192 Ya se ha expresado anteriormente el rechazo a la postura mantenida por M.A. Aparicio en el diario El País de fecha 7.3.90 en el sentido de entender que la huelga de hambre no es lícita pues lo que se intenta es presionar y por ello es un abuso de un derecho fundamental. Tal afirmación dada la no prohibición legal de la huelga de hambre supone un inadmisibles recorte en la libertad de expresión de los reclusos, principal vía para advertir a la opinión pública en su caso de situaciones arbitrarias e injustas.

193 Carbonell, J.C. *Constitución*, cit pág. 31 y *DPPE*... cit pág. 559

194 Fully, G. *Los problemas*... cit pág. 1569

195 Por eso los efectos negativos tanto de la intervención como de la abstención no han de exagerarse ni presumirse de forma genérica, Ruíz Miguel, A. *Autonomía*... cit pág. 151

En cuanto al uso de medios coercitivos ni la Ley General Penitenciaria ni hasta hace muy poco tiempo su Reglamento facultan de una forma clara y exhaustiva a suministrar alimento por la fuerza a los reclusos que se niegan a ser alimentados, pues la unica referencia a la coacción material permitida viene referida a mantener la disciplina y el orden, y a evitar daños de los internos a sí mismos o a otras personas, sin afectar por tanto, al menos directamente, a la asistencia sanitaria y médica, pese a lo cual Mapelli entiende que sí pueden entenderse como tales las medidas terapéuticas dirigidas a preservar la higiene y la salud de los internos¹⁹⁶. Precisamente del enunciado del artículo 45 de la Ley General Penitenciaria que permite utilizar medios coercitivos para impedir daños de los internos a sí mismos¹⁹⁷ se desprende en el ámbito penitenciario la no disponibilidad de la propia vida por eso en principio bajo esta previsión legal se podría acoger la alimentación forzosa, siempre teniendo en cuenta que de suponer utilización de medios coercitivos (como uso de fuerza personal) necesitaría según el art 45.2 ser puesto en conocimiento del Juez de Vigilancia, por el contrario de no serlo correspondería solo a la Administración la decisión de autorizarlo¹⁹⁸.

El Reglamento Penitenciario de 1996 sin embargo sí ha sido más explícito respecto al uso de medios coercitivos en conexión con su recién incorporado artículo 210 ya que en el artículo 72.3 aunque excluye en principio el uso de tales medios en los enfermos convalecientes de enfermedad grave acaba permitiéndolo en los casos en que se derive inminente peligro para su integridad o la de otras personas. Con el Reglamento de 1981 se discutía si su artículo 123 (que recogía como medios coercitivos el aislamiento o la fuerza física entre otros) se podía utilizar para evitar daños a los internos: para Luzon Peña era discutible, Diez Ripolles y Moya se mostraban en contra, y Bueno

196 Mapelli, B. *Principios...* cit pág. 288.

197 Gomariz, R. *op. cit.* pág. 904

198 Balaguer, *op. cit.* III Jornadas de Fiscales... pág. 277

Arus y Mapelli partidarios, si bien éste último dudando que en el caso concreto de la huelga de hambre se pudiera acoger por el trasfondo político que sin embargo no existe en el suicidio¹⁹⁹; la única ventaja de dar una respuesta afirmativa respetuosa con los derechos de los reclusos era beneficiarse de las especiales garantías que rodean la utilización de los medios coercitivos (puesta en conocimiento del J.V.), que por otra parte también deben estar presentes aun sin suponer uso de medios coercitivos, pues al fin y al cabo se trata de derechos fundamentales afectados, postura que de forma incompleta recoge el artículo 210 del nuevo Reglamento Penitenciario al exigir para el tratamiento médico coactivo la puesta en conocimiento a la autoridad judicial pero solo su autorización “cuando fuese preciso”.

5.4. Los límites del paternalismo jurídico

Se conoce como paternalismo la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma, esta intervención impuesta en contra de la voluntad de la persona tendría como fundamento la necesidad de evitar que se produzca un daño en quien se va a imponer la medida; además de la vulneración que supone a la esfera de la autonomía de la persona por no respetar la libertad individual, se dice que nadie sabe mejor que uno mismo lo que le conviene (lo que sería un argumento de tipo utilitarista) y que también vulnera el principio de igualdad por la relación de subordinación que implica²⁰⁰.

La denominación de paternalismo se debe a sus dos características más importantes: de un lado se hace con el fin de obtener un bien a una persona o grupo pero además se hace sin

199 Luzón, D.M. *op. cit.* pág. 50, Díez Ripollés, J.L. *op. cit.* pág. 653, Moya, *op. cit.* pág. 67, Bueno Arus, F. *Los derechos...* cit REP 1978 pág. 31, Mapelli, B. *Principios...* cit pág. 288

200 Garzón Valdés, E. *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* Doxa n° 5 Cuadernos de Filosofía del Derecho. Madrid 1989 pág. 155-158.

contar con la aceptación del afectado²⁰¹ de donde surge su mayor inconveniente ya que no respeta la voluntad del sujeto en una decisión que no perjudica intereses de terceros.

Segun Atienza las medidas paternalistas se pueden justificar eticamente en tres supuestos²⁰²:

- si están encaminadas a conseguir un bien objetivo de una persona o colectividad
- se aplican a quienes no pueden prestar su consentimiento por ser incompetentes básicos entendiendo como tales los que ignoran elementos relevantes de la situación, aquellos cuya voluntad está tan afectada que no permite que se decida por sí mismo, o por reducción de las facultades mentales...²⁰³
- si puede presumirse racionalmente que prestarían su consentimiento si estuvieran en situación de capacidad normal y conocieran cual es realmente su bien ²⁰⁴.

Como consecuencia de todo ello se dice que nunca sería justificable intervenir en los casos en que un sujeto con competencia básica quiere dañarse a sí mismo, privarse de la vida o ponerla en peligro, correr riesgos seguros por puro placer o incluso para servir a los demás salvo en los casos en que exista un deber de protección y asistencia no utilizado como pretexto para perseguir un propio interés.²⁰⁵ De todos los datos anteriores se ha de deducir si la alimentación forzada al recluso huelguista

201 Atienza, M. *Discutamos sobre paternalismo*. Doxa nº 5 Cuadernos de Filosofía del Derecho. Madrid 1989 pág. 203.

202 Atienza, M. *Discutamos ...* cit pág. 209

203 Garzón Valdés, E. *¿Es eticamente ...* cit pág. 165-166

204 Este elemento es concretamente para Atienza el que falta para justificar la intervención en la huelga de hambre si la decisión de prolongar la huelga de hambre hasta la muerte la tomaron los reclusos con pleno conocimiento de causa y de manera libre y voluntaria. *La argumentación jurídica...* Jueces para la Democracia cit pág. 36

205 Camps, V. *Paternalismo y bien común*. Doxa nº 5 Cuadernos de Filosofía del Derecho Madrid 1989 pág. 198.

es una medida paternalista, y de una primera impresión parece obtenerse una respuesta afirmativa ya que no se respeta la autonomía del sujeto²⁰⁶ y se le impone coactivamente una medida para proteger su propia vida, sin embargo analizando mas detalladamente los elementos hay dos que pueden ser determinantes: la certeza de la libertad del huelguista²⁰⁷ y el deber de asistencia que pueda originar la posición de garante²⁰⁸.

Además de estas dudas que pueden llevar en ultima instancia a justificar esta medida paternalista, no hay que olvidar el riesgo que supone de abuso de poder²⁰⁹ si con el pretexto del respeto a la autonomía individual y la no injerencia, el Estado se sirve de esa situación para desprenderse de sujetos que pueden ser incómodos para el mantenimiento del orden; todas estas razones pueden conducir a justificar la intervención, ya que a pesar de sus grandes inconvenientes jurídicos manifestados a lo largo del trabajo, cumple una doble función de garantía: es una garantía del Estado por si el sujeto no ha sido libre al actuar de

206 Se ciñe muy bien al recluso huelguista la situación recogida por Nino cuando declara "si un individuo voluntaria y conscientemente elige un curso de acción que atenta contra su salud es porque valora más otros aspectos de su plan de vida que la preservación de su integridad física o mental y compelelo a renunciar a esos otros componentes de su proyecto personal, por aberrante que parezca, implica imponerle un ideal o plan de vida diferente del que él ha elegido. Nino, C. *La autonomía constitucional* ... cit pág. 65

207 Atienza, M. llega a aceptar que se trataría de un paternalismo justificado si el recluso no hubiera tomado libremente su decisión sino presionado por la organización. *La argumentación* ... cit. pág. 37

208 Esta posición de garante de la Administración respecto a la vida del recluso es admitida entre otros por Mapelli, B. *Principios* ... cit. pág. 288

209 Atienza, M. *Tras la Justicia*... cit. pág. 113 ve poco convincentes las razones de Estado alegadas para fundamentar la intervención, primero por su debilidad ya que es solo es un mero riesgo y además porque afecta al Gobierno pero no a los jueces, Silva Sánchez, J.M. *Causación* ... cit pág. 474 entiende que eso en todo caso no es decisivo pues lo importante es si la decisión del huelguista es o no libre. Sin embargo Muñoz Conde, F.DPPE... cit pág. 72, Bajo Fernández, M. *DPPE Delitos contra las personas* ... cit pág. 79, y Diez Ripollés, J.L. *La huelga* ... cit. pág. 658 si que muestran su recele ante esta posibilidad.

esta manera pero también una garantía frente al Estado para evitar el abuso de poder.

En todas estas afirmaciones hay que tener en cuenta que si la Administración es garante no puede cruzarse de brazos ante el huelguista que se encuentra en un momento crítico y puede morir, no puede dejarlos a su suerte sino que se le puede facultar para evitar su fallecimiento²¹⁰, además si se puede hablar de una obligación genérica de ayudar a un suicida ¿como no la va a haber específicamente respecto a quien tiene como obligación velar por la vida siendo que está directamente implicada en la petición del huelguista?

A raíz de la discusión sobre la existencia o no del deber de intervención, si se considera la asistencia médica penitenciaria como un servicio público prestado por la Administración, no hay que olvidar en última instancia la posibilidad de responsabilidad patrimonial²¹¹ que podría derivarse de la no intervención administrativa, como lo demuestran los numerosos fallos jurisprudenciales que condenan a la Administración como responsable último de agresiones o daños producidos en los internos por no haber puesto los medios necesarios para impedirlo. De esta forma las sentencias sobre responsabilidad del Estado por no cumplir la obligación de velar por la vida son numerosas entre las que se pueden citar vgr. STS 15.7.88(5896) por la muerte de un recluso en condiciones de hacinamiento y deficiente salubridad, STS 9.7.86(4555) que confirma la competencia del Juez de Vigilancia para acordar el cierre de un módulo por no reunir las condiciones mínimas de habitabilidad sin perjuicio para la salud, 22.7.88(6095) por el fallo en los servicios de vigilancia y seguridad, 4.1.91(500) que reconoce el deber de velar por la

210 Bustos, J. aun partiendo de la disponibilidad constitucional de la propia vida, reconoce que el Estado no puede ser indiferente ante el suicidio, no puede favorecerlo y por su posición de garante no puede dejar a los reclusos entregados a su propia suerte sino que tiene que evitar su fallecimiento. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* 2ª Ed Barcelona 1991 pág. 37.

211 López Benitez, M. *op. cit.* pág. 423 nota 36.

integridad a través de medidas de seguridad y vigilancia para proteger a los reclusos de agresiones de toda índole por parte de otros compañeros o incluso de sí mismos (caso de autolesiones o suicidio); en todos estos casos la responsabilidad patrimonial de la Administración surge del incumplimiento de su “inevitable deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad exigidas por la Constitución” ya que debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad de los reclusos y de lo contrario en virtud del artículo 106.2 de la C.E. surge la obligación de indemnizar por mal funcionamiento de los servicios públicos por la mera relación causal entre el acto y el daño ya que se trata de una responsabilidad objetiva.

No obstante y a pesar de todo lo anteriormente descrito hay que admitir que el principal y más importante deber de la Administración es precisamente mediar a través del diálogo para resolver el conflicto que hay tras la huelga de hambre. Por el trasfondo político los valores vida y libertad exigen una mediación política, por afectar a cuestiones de política penitenciaria y con mucho mayor motivo si se refiere a cuestiones relativas a la situación o condiciones penitenciarias²¹².

6. LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN

A la vista de todo lo anteriormente expuesto se ha podido concluir que la alimentación forzosa en contra de la voluntad del preso huelguista constituye sin duda una conducta de coacciones de la cual resta por analizar su justificación; a tenor de lo expuesto las distintas posturas que se han diseñado al respecto optan entre las siguientes soluciones:

- admitir la eximente de estado de necesidad.
- admitir la eximente de cumplimiento de un deber.
- rechazar cualquier justificación al delito de coacciones

²¹² Insisten en la necesidad de buscar soluciones por la vía del diálogo para no engendrar una espiral de violencia, M^aJ. Agra, *op. cit.* pág. 38, J. A. Gimbernat, *op. cit.* pág. 41

En torno a estas tres opciones hay un presupuesto previo consistente en determinar en qué momento concreto y determinado se puede admitir la posibilidad de la justificación y con ello la licitud de la intervención.

6.1. El momento de la intervención

Como el deber de respeto a la voluntad del recluso puede ceder en un momento dado en que vuelva al primer plano el deber de velar por su vida, precisamente la concreción de ese momento ha sido también objeto de grandes controversias:

- la doctrina y algunos autos de los Juzgados de Vigilancia antes de manifestarse el Tribunal Constitucional entendieron que el momento de intervenir era aquel en que el recluso perdía la consciencia ya que con ello desaparecía la constancia de la voluntad del recluso²¹³ para ese momento y con esa circunstancia, y por ello la imposibilidad para el recluso de modificar su criterio hacía que se tratara de una voluntad presunta. El inconveniente de este sistema es que habrá situaciones en las que si existirá constancia de la voluntad firme del recluso de no alimentarse incluso una vez perdida la consciencia, y en coherencia con lo propugnado, en ellas no se debería proceder a la alimentación.

De esta manera Atienza²¹⁴ rechaza abiertamente que la situación de inconsciencia pueda justificar la alimentación forzosa si tomaron los reclusos la decisión de prolongar la huelga de manera libre y consciente, en su argumentación solo admite la intervención si la decisión de la huelga no se tomó libremente sino por presiones de la organización o si su ejercicio afecta a derechos fundamentales de otros o supone consecuencias ver-

213 Diez Ripollés, J.L. entiende que en situación de inconsciencia del huelguista solo hay una decisión presunta de mantener la huelga por eso la intervención en ese caso quedaría justificada por primar los deberes de asistencia. *La huelga ...* cit. pág. 657

214 Atienza, M. *Tras la Justicia...* cit. pág. 115-116

daderamente extremas como poner en riesgo el funcionamiento de las Instituciones Penitenciarias o arriesgar el propio sistema democrático. Por su parte Silva²¹⁵ rechaza que el momento de la inconsciencia pueda justificar la intervención si hasta el último instante de consciencia el recluso manifestó su voluntad de no ser tratado.

Estas críticas se apoyan acertadamente en que esa voluntad presunta dada en la situación de inconsciencia habrá veces que no será tal si el recluso, con la debida información facultativa, ha insistido reiterada y seriamente en mantener su actitud incluso después de perder el conocimiento; pero es que además un segundo inconveniente es que si lo que se pretende con la intervención es cumplir con el deber de velar por la vida y con ello evitar la muerte, la situación de inconsciencia será con bastante probabilidad una situación ya irreversible y por tanto, en este caso sí, una degradación innecesaria.

- el Tribunal Constitucional sin embargo entendió que el momento para intervenir era aquel en que corriera riesgo serio la vida del recluso; aunque en la s.120/90 (F.J.8) ya lo establece como “peligro de muerte o riesgo serio de vida” es en la s.137/90 (F.J.6) donde explica con mas detenimiento su decisión al entender como tal el momento en que “*según la ciencia médica corra riesgo grave y cierto la vida del recluso sin esperar a que se presente una situación irreversible que cause daño persistente a su integridad física...*”. Esta solución presenta grandes inconvenientes desde el punto de vista jurídico entre ellos algunos muy importantes: en algunos casos puede adelantar el momento de la intervención y por lo tanto la lesión a la libertad puede ser mayor, deja en manos del personal sanitario la determinación del momento adecuado con lo cual traslada una decisión jurídica fuera de su ámbito²¹⁶ y finalmente introduce un tér-

215 Silva Sánchez, J.M. *Aspectos...* cit. pág. 403.

216 En este tema como en el caso del aborto las soluciones que dejan la última decisión en manos del médico no son satisfactorias pues supone trasladarles una decisión jurídica que va más allá de sus funciones, pero el jurista solo debe imponer límites que si se trascienden llevan al ilícito (p.ej ali-

mino vago e inseguro como grave peligro; pero sin embargo evita la contradicción señalada en el supuesto anterior, y desde el punto de vista estrictamente médico es más fiable ya que si la pérdida de la consciencia en muchos supuestos puede ser ya irreversible como consecuencia del coma acidótico o metabólico que pudiera producirse²¹⁷, esto no ocurre cuando el peligro es grave pues todavía hay grandes posibilidades de evitar un fatal desenlace²¹⁸.

Aun sin total unanimidad el sector médico²¹⁹ parece decantarse por el momento de grave peligro para la vida basándose en las normas deontológicas que les confieren el primordial deber de respetar la vida, integridad y salud respetando en todo caso la voluntad del paciente salvo en los casos de peligro inminente, si bien entre los colectivos de los distintos países se dan grandes diferencias en virtud de las distintas normativas internas; por contra en lo que sí parece haber más unanimidad es en entender que el momento adecuado para la intervención varía de un caso a otro en función de las circunstancias patológicas del recluso y por ello no es oportuno ni conveniente dictar reglas

mentar al inicio de la huelga sería una clara trasgresión a la libertad de expresión) dejando al médico la determinación del momento más adecuado para que la intervención sea adecuada para salvar la vida y que puede ser aquél en que haya grave peligro de muerte.

217 En estos terminos se expresó la Audiencia Provincial de Guadalajara en Auto de 2 de febrero de 1990 (contra la que se interpuso recurso de amparo resuelto por S.T.C.137/90) confirmando el Auto del Juzgado de Vigilancia que autorizaba la alimentación en ese momento; las razones alegadas son la posible irreversibilidad de la pérdida del conocimiento, la falta de justificación en ese momento cuando la voluntad fuera clara y contundente y los posibles trastornos psicológicos que tal pasividad podría acarrear.

218 Se adhiere al momento de grave peligro sin esperar a la pérdida de la consciencia Climent, C. *op. cit.* pág. 6445

219 Moya Pueyo-Villalain, *op. cit.* pág. 68, Fully, G. *op. cit.* pág. 150. Parziale y Ponti, *op. cit.* pág. 151-154 sin embargo señalan que también este concepto puede ser tardío e inútil y por ello sugieren una interpretación clínica extensiva o incluso que se diga peligro para la vida sin adjetivos, sin embargo tal amplitud parece en todo caso inoportuna pues basta con la referencia general que el médico ha de individualizar sin necesidad de adelantar el momento de la intervención.

que puedan ser generalizables²²⁰. De ahí surge una de las mayores dificultades como es la concreción del concepto de grave peligro ya que si se entiende como tal la inminente llegada de la muerte las peculiaridades físicas y psíquicas del sujeto serán determinantes junto a la amenaza seria de grave deterioro, perjuicio duradero o paralización de las funciones orgánicas más importantes²²¹.

Aunque el Tribunal Constitucional optó con claridad por los terminos “riesgo serio o peligro grave” en la primera de las sentencias en las que tuvo que manifestarse sobre la huelga de hambre (120/90), esta contundencia se diluye con ciertas dudas que se entreen en la segunda sentencia (137/90) sobre su generalización ya que aun asumiendo los términos e incluso dándoles contenido los dejaba un poco en el aire declarando que en cada supuesto concreto debía de valorarse a través de una adecuada ponderación y estudio clínico del sujeto la aptitud de las medidas para proteger su vida. En la tercera ocasión en que el Tribunal Constitucional se manifiesta sobre el tema(s.11/91)el planteamiento era el inverso al de las dos anteriores ya que en este caso el recurso de amparo lo presentó el Ministerio Fiscal contra la decisión de la Audiencia que había confirmado la decisión del Juzgado de Vigilancia de respetar que el interno no recibiera alimentación forzada hasta que no perdiera la consciencia, en esta ocasión el Alto Tribunal deniega el amparo confirmando la decisión de la Audiencia ya que el tema central era determinar si el penado en cuestión “se encontraba o no en peligro de muerte objetivamente evidenciable” y con los informes médicos correspondientes la Audiencia, correctamente a juicio del Tribunal Constitucional, entendió que no procedía de momento la alimentación pues el *recluso no se encontraba en situación de peligro de muerte*.

220 Moya Pueyo, V. *Funcionarios médicos...* cit. pág. 338

221 Extensamente sobre estos criterios Callies/Müller-Dietz *Strafvollzugsgesetz* 3ªEd 1983 pág. 317-318

La importancia de este nuevo pronunciamiento es que aunque a primera vista parece apartarse de las dos anteriores, realmente las está confirmando ya que la decisión de no alimentar de la Audiencia era una medida tomada hasta ese momento sin perjuicio de las que pudieran adoptarse a la vista de la evolución clínica sin limitación al estado de inconsciencia como pretendía el Juzgado de Vigilancia sino al del momento en que la salud del interno se agravara. En conclusión el Tribunal Constitucional sigue hablando del momento de peligro grave, pero admite acertadamente que éste es distinto en cada caso y por ello el momento y la forma en que se haya de proceder compete a la Administración Penitenciaria y los órganos judiciales con los oportunos informes médicos. Y esto es lo importante de cara a admitir como guía el concepto de grave peligro para la vida, ya que si se ha rechazado el momento de la inconsciencia, entre otras razones, es por no servir para la generalidad de los casos, por ello el termino elegido ha de adaptarse necesariamente a las condiciones individuales de cada sujeto en particular, con los oportunos y necesarios dictámenes médicos.

El Reglamento Penitenciario de 1996 en su artículo 210.1 permite la intervención en el momento de peligro inminente para la vida, optando con ello por un criterio que se puede considerar restrictivo debido a que el termino inminente es mucho más estricto que el de gravedad ya que requiere una muy cercana proximidad de la muerte y que además el peligro solo va referido a la vida y no a la salud como en algunas ocasiones se había pretendido. Este restrictivo contenido no va a impedir sin embargo sendos problemas de interpretación que seguramente se devengarán sobre el alcance del término "peligro inminente" para el cual ha de atenderse necesariamente a las circunstancias personales del sujeto ya que el peligro viene referido a la vida del interno y no a la vida en general, y sobre la falta de claridad sobre a quién compete determinar esa proximidad del peligro dado que el precepto solo exige dar conocimiento a la autoridad judicial limitando la obligación de solicitar su autorización cuando "ello fuese preciso" y cuando se haya de proce-

der a su hospitalización (art. 210.3). A este último inconveniente contribuye el hecho de que el nuevo Reglamento omita la referencia expresa que la regulación anterior hacía de los enfermos graves entre las competencias del médico(art. 288.5 R.P. de 1981) así como de las prestaciones sanitarias en general entre las atribuciones de la Junta de Régimen y Administración (art. 263 b del R.P.de 1981).

6.2. Estado de necesidad

La Jurisprudencia constitucional y la doctrina dominante entienden que cuando se llega a una situación de peligro o de inconsciencia²²² del recluso, la intervención puede quedar amparada por estado de necesidad²²³. En virtud del estado de necesidad apoyado en el interés preponderante el sujeto se verá exento de responsabilidad cuando para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber²²⁴ siempre que se den los requisitos necesarios para ello que exige el artículo 20.5 del C.P. de 1995 (8.7 del C. P.de 1944): que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse. De todos estos elementos y características, para determinar si la alimentación forzosa puede estar amparada por estado de necesidad la discusión se centra en dos importantes cuestiones:

222 Con distintos argumentos distinguen las fases de consciencia e inconsciencia Diez Ripollés, Muñoz Conde y Bustos entre otros.

223 Como ya se dijo respecto a las coacciones.

224 Aunque el C.P. no distingue Silva Sánchez entiende que el legislador lo incluyó pensando en la infracción de deberes de actuar que se produce en la omisión lo que sin embargo no evita que también haya de extenderse a la infracción de deber de no actuar que se infringe actuando *Sobre el estado de necesidad...* cit. pág. 673 y ss; sin embargo en última instancia será el valor que hay tras ese deber materializado en la protección de un bien jurídico y no el deber lo que determine la licitud de la actuación.

- ¿la muerte del recluso en una mal en el sentido jurídico del artículo 20.5 del C.P.?
- ¿el mal causado (atentado a la libertad de actuación) es menor o igual que el que se pretende evitar (la muerte del recluso)? ya que en todo caso no ha de ser mayor.

A la primera cuestión hay que contestar afirmativamente ya que la muerte del recluso sin ninguna duda es un mal desde el momento en que la vida es un bien indisponible y por ello cualquier atentado contra ella aun proviniendo de su propio titular resulta antijurídica, como lo demuestra el castigo de la participación en el suicidio²²⁵, teniendo en cuenta que la vida como bien personalísimo puede quedar sujeta a la libre disposición de su titular sin que ello suponga una absoluta impunidad o indiferencia jurídica de quienes siendo ajenos participen en ello²²⁶. Ese mal además ha de ser real, grave e inminente y ello exige esperar a que llegue tal momento por eso la intervención no puede en absoluto justificarse en cualquier momento sino solo en aquel en que verdaderamente la vida corra serio peligro y que tendrá que ser determinado por los médicos ya que establecer un criterio fijo a priori está condenado al fracaso por la distinta naturaleza humana, ahora bien siempre que sea en un momento anterior al de la gravedad la intervención será ilícita.

En cuanto a la segunda cuestión relativa a si es superior respetar la vida o la libertad aquí ya no se trata de comparar derechos y valores en abstracto, lo que es propio de una lectura constitucional, sino de comparar efectivos injustos que entran o pueden entrar en conflicto, de esta manera se trataría de comparar la lesión a la libertad de obrar²²⁷ que supone el delito de coac-

225 Luzón Peña. D.M. *Estado de necesidad...* cit pág. 55, Gomariz, R. *op. cit.* pág. 906, Mir Puig, S. *El delito de coacciones...* pág. 299, Maqueda Abreu, M.^aL. *Los delitos...* cit. pág. 43, Queralt, J.J. *Derecho Penal español. Parte Especial 2ª Ed Barcelona 1992* pág. 16 y 106.

226 Polaino Navarrete, M. *Aspectos jurídicos de la responsabilidad del médico...* cit. pág. 326.

227 Aquí se puede apreciar una de las grandes diferencias con las transfusiones de sangre efectuadas a testigos de Jehová en contra de su voluntad pues ade-

ciones con la lesión o peligro para la vida que puede suponer no proceder a la alimentación del recluso. Aunque el Código Penal habla de comparación de males²²⁸, estos van unidos a los bienes que protegen y en todo caso no se trata de en una estricta comparación matemática sino de hacer una valoración global²²⁹ o ponderación de intereses concurrentes²³⁰ con criterios objetivos que probablemente llevará a entender como más reprochable la muerte del recluso por falta de asistencia²³¹ en atención a la protección que la legislación penal depara respectivamente a los intereses en conflicto. Ya se dijo que en terminos constitucionales es muy difícil comparar la vida con la libertad por su distinta naturaleza pero sin embargo desde el punto de vista jurídico-penal esa comparación si es posible ya que teniendo en cuenta la escasa relevancia del consentimiento en los delitos contra la vida y la regulación actual del suicidio (con las correspondien-

más de que en estos casos el mal causado no siempre es menor pues hay un riesgo o peligro contra la salud, la Constitución impone como único límite al ejercicio de la libertad religiosa los necesarios para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, en el primer sentido Bajo Fernández, M. *La intervención médica...* cit pág. 496 en el segundo Rodríguez Devesa, J.Mª *DPPG ...* cit. pág. 518 nota 18

- 228 Córdoba Roda, J. *Las eximentes incompletas en el Código penal* Oviedo 1966 pág. 184-185, *Comentarios al C.P.* Tomo I Barcelona 1972 pág. 287 es quien más ha insistido en que se trata exclusivamente de una comparación de males y no de bienes.
- 229 Valoración ético-social según Bajo Fernández que además variará según se trate de estado de necesidad propio o de auxilio necesario. *Prolongación ...* cit pág. 721. Muchos autores sin embargo exigen que estas valoraciones sociales encuentren cobijo en concretas valoraciones jurídicas, pues de lo contrario se formaría un ordenamiento jurídico paralelo Vives Antón, T.S. *Valoraciones ...* cit. pág. 143 y ss.
- 230 Este enfoque más amplio lo siguen entre otros Carbonell Mateu, J.C *La Justificación ...* cit pág. 59, Cobo, M.-Vives, T.S. *DPPG* cit. pág. 396 y pág. 401 nota 22, Silva Sánchez, J.M *Sobre el estado de necesidad...* cit. pág. 667...
- 231 Gomariz, R. *op. cit.* pág. 907. Con esta postura se está admitiendo que el propio Código Penal establece una jerarquía de bienes jurídicos que sin embargo no resuelve los conflictos entre bienes equivalentes, como afirma Cuello Contreras, J. *La justificación del comportamiento omisivo.* ADPPC 1990 Tomo XLIII pág. 505.

tes reformas incorporadas por el C.P. de 1995 que incorpora cierta relevancia al consentimiento), se puede afirmar que el Código Penal valora más la vida que las coacciones por su primacía sobre la libertad²³² (lo que no tiene porque ser lo más adecuado de lege ferenda); esta ponderación ha de ser presidida por un escrupuloso respeto a la dignidad humana no como un interés más en conflicto²³³ sino como el necesario eje sobre el que ha de rodearse la ponderación, lo cual quiere decir por su valor preferente que ha de servir de guía en la interpretación de todos los derechos en conflicto, de manera que si se lleva a cabo por medios innecesarios y desproporcionados la conducta difícilmente puede ser calificada como justa. En este sentido se manifiesta el Reglamento Penitenciario de 1996 al permitir solo la intervención estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente, de donde se ha de deducir que las actuaciones que vayan más allá no podrán ser objeto de justificación.

De esta manera la coacción estará justificada si se dan además de los mencionados todos los demás requisitos del estado de necesidad y que conjuntamente han de ser: situación de necesidad dado que el conflicto de intereses se presenta de manera tal que la salvación de uno depende del sacrificio del otro, peligro real e inminente de destrucción del bien preferente, el mal causado es inferior que el que se trata de evitar, los medios utilizados son idóneos para el fin salvador, y que el médico actuante tenga intención de salvaguardar el interés preferente, no haya provocado la situación de necesidad y no tenga obligación de sacrificarse.

232 Córdoba Roda, J. *Las eximentes incompletas...* cit. pág. 185 nota 1, Carbonell, J.C.-González Cussac, J.L. *Derecho Penal. P.E.* ... cit. pág. 776, Romeo Casabona, C. *El marco jurídico-penal...* cit. pág. 201 Del mismo *El médico...* cit. pág. 378, Cerezo, J. *Curso de Derecho Penal español Parte general II* Madrid 1990 pág. 31, Rodríguez Mourullo, G. *La omisión de socorro...* cit. pág. 250.

233 En dicho sentido Diez Ripollés, J.L. *La huelga* ... cit pág. 635. En contra Luzón Peña, D.M. *Estado de necesidad...* cit. pág. 55 nota 37

No obstante por los problemas de ponderación expresados no solo en este punto sino en el apartado de derechos y deberes constitucionales, pueden todavía quedar dudas respecto a la jerarquización entre vida y libertad puesto que aunque haya en abstracto un implícita mayor protección a la vida por el Ordenamiento penal, si el Derecho se configura como un orden de libertades no se puede descartar que la libertad pueda estar en algún caso por encima de la vida ya que la ponderación de los intereses en conflicto se ha de efectuar en cada caso concreto²³⁴ teniendo en cuenta como advierte Zugaldía que una cosa es que se pueda hablar de la disponibilidad de la propia vida y otra que se pueda involucrar a terceras personas²³⁵; por eso ante esa dificultad y para evitar falsos reduccionismos otra solución puede consistir en defender cuanto menos su equiparación²³⁶ en una misma posición (precisamente por tratarse de un derecho y un valor), de esta forma entendiendo que tienen el mismo valor el estado de necesidad no será justificante ni verá admitida como justa la conducta coactiva pero sí podrá ser excusante dando lugar a una conducta injusta pero inexigible²³⁷ lo cual trae nuevos problemas como son los muchos recelos que despierta tal planteamiento en los casos de auxilio necesario²³⁸.

234 Cobo, M.-Vives, T. *DPPG* .. cit. pág. 401 nota 22

235 Zugaldía, J.M. *Eutanasia...* cit. pág. 294

236 Maqueda Abreu, M.L.^a *Los delitos...* cit pág. 43 plantea que la lesión a la libre autodeterminación del suicida pueda ser un mal igual o incluso mayor que el que se evita, sin embargo cuando los males, bienes o intereses son de difícil o imposible comparación también se dice que mientras no sea mayor el mal causado cabe la justificación (Córdoba, J. *Las eximentes...* cit. pág. 195).

237 Mir Puig, S. *Problemas de estado de necesidad en el art. 8.7 del C.P.* Estudios Jurídicos en honor del Profesor Perez Vitoria Tomo I Barcelona 1983 pág. 505 entiende que en los casos de poca diferencia entre los bienes puede ser político-criminalmente excesivo que el Derecho apruebe la perturbación del orden jurídico, lo que le lleva a trasladar los supuestos de estado de necesidad exculpante al miedo insuperable del artículo 8. 10.

238 Cobo, M.-Vives, T. *DPPG* cit. pág. 402 nota 32.

Otra opción es plantear el conflicto no en sede de derechos sino de derechos-deberes si se entiende que el choque se da entre el derecho a la libertad de actuación del huelguista y el deber de cuidado y atención impuesto por la legislación penitenciaria a la Administración y especialmente al médico. El Tribunal Constitucional en s.120/90 y 137/90 parece haber optado por esta vía al justificar la restricción a la libertad física por la necesidad de preservar la vida humana como mínimo sacrificio resultante tras el juicio de ponderación, ya que tras situar el conflicto esencialmente entre el derecho del huelguista a la libertad hasta el extremo incluso de ocasionar su propia muerte y el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, aunque también se proyecte sobre otros derechos fundamentales, opta por la preferencia de este último. También Romeo Casabona²³⁹ parece optar por esta solución en el marco del tratamiento médico en general entendiendo que como en Derecho penal tiene un rango superior la vida frente a la libertad, el deber de asistencia se ha de limitar a eliminar el peligro para la vida y si el paciente persiste en su negativa ha de pedir el alta, ya que por su posición de garante de lo contrario el médico tendría que actuar. Bueno Arus²⁴⁰ en sentido similar entiende que cuando el tratamiento solo vaya a mejorar la salud no puede haber estado de necesidad si los bienes en conflicto pertenecen al mismo sujeto pues es él quien debe establecer la preferencia, pero si es vital y a pesar de eso lo rechaza hay que tener en cuenta la regulación del suicidio, y el mandato de la Ley General de Sanidad pero en un sentido restrictivo. Los argumentos de estos dos autores son ilustrativos pero no se pueden trasladar mecánicamente a los supuestos de huelga de hambre por dos importantes razones: en primer lugar se refieren al tratamiento médico en instituciones sanitarias en general (y por tanto no a las de tipo penitenciario pues aunque los derechos del enfermo sean los mismos evidentemente hay uno que en sentido estricto no pue-

239 Romeo Casabona, C. *El marco jurídico...* cit. pág. 201.

240 Bueno Arus, F. *El rechazo ...* cit. pág. 402-403.

den ejercer como es el de pedir el alta voluntaria ya que la salida de la enfermería no excluye el deber sanitario del médico y las autoridades que permanece mientras esté bajo su custodia) y además se están refiriendo expresamente a los supuestos de eutanasia cuyas diferencias con la huelga de hambre ya han sido anteriormente señaladas.

En definitiva las coacciones llevadas a cabo para proceder a la alimentación de un recluso que como acción de protesta rechaza el alimento, podrán resultar justificadas en la medida en que la situación de necesidad se presenta en el momento en que la vida del huelguista corre serio peligro, nunca antes pues sin situación de necesidad no puede haber justificación, teniendo en cuenta que ello significa que la única manera de resolver el conflicto sea esa pues si hay medios menos gravosos hay que hacer uso de ellos hasta el momento en que se presente ya imprescindible la intervención. El estado de necesidad podrá ser justificante si como entiende el Código Penal la vida tiene un valor superior a la libertad, pero sin embargo parece más acertado entender que en caso de ser justificante el conflicto será no entre los bienes del recluso que son difícilmente comparables sino entre el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida del recluso y el derecho a la libre autodeterminación de aquel siendo de mayor valor el primero.

6.3. Cumplimiento de un deber

Otra vía puede consistir en justificar el delito de coacciones en virtud del cumplimiento del deber del artículo 20.7 del C.P. de 1995 (art. 8.11 C.P. de 1944), en este caso el de velar por la vida y salud de los reclusos que impone la legislación penitenciaria a la Administración. El sentido de esta causa de justificación es que quien realiza una conducta jurídica obligatoria no puede tener responsabilidad penal²⁴¹ ya que el interés de cumplir la obligación al servir a un mayor interés prima sobre la

241 Cobo, M.-Vives, T. *DPPG...* cit pág. 366.

lesión del bien jurídico; para ello los requisitos necesarios²⁴² son que se trate de un deber jurídico, que no se rebasen los límites de su cumplimiento ya que el exceso no está amparado, que no haya otra vía menos perjudicial y que el sujeto actúe para dar cumplimiento a su deber

Para determinar la especial intensidad del deber de velar por la vida que ostenta la Administración respecto al recluso, ha de tenerse en cuenta que es un deber legal²⁴³ y que en su configuración tiene una especial referencia la relación de sujeción especial, pero no en el sentido ya rechazado de permitir la restricción de derechos, sino como marco de una relación jurídica que puede fundamentar la aparición de la posición de garante. De esta manera el cumplimiento del deber de velar por la vida de los reclusos podría legitimar la alimentación forzosa no solo por la relación de sujeción especial sino también por la no disponibilidad de la vida en el Ordenamiento positivo español, manifestándose el carácter garantista en el modo de llevar a cabo dicha alimentación, con la obligación de ser respetuosa con la dignidad humana y no degradante pues de lo contrario sería un exceso en la medida y con ello perdería su legitimidad. El médico si actuara como particular en algunos casos se podría ver en su caso amparado por el ejercicio legítimo de su profesión u oficio, pero al ser funcionario está obligado a adoptar las medidas sanitarias que le impone su propia normativa, en este caso la penitenciaria y por ello se acercaría mas al cumplimiento de un deber legal. No obstante hay que tener en cuenta que el deber de velar por la vida no ha de suponer un inexorable deber de proteger la vida aun en contra de la voluntad del huelguista pues ello puede pugnar con la Constitución, por eso es preferi-

242 Sainz Cantero, J.A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general* 3ª Ed Barcelona 1990 pág. 581 y ss

243 Respecto al deber de salvar a un suicida hay quienes lo extraen del mandato del artículo 489 ter del Código Penal de 1944, Rodríguez Mourullo, G. *op. cit.* 1966 pág. 250

ble legitimizar la intervención en contra de la voluntad del sujeto *solo en los casos de necesidad* esto es cuando sea la única solución posible al conflicto con la autodeterminación del sujeto pues de lo contrario sería tanto como autorizar en todo caso el tratamiento coactivo, y eso se dará exclusivamente en el momento en que se dictamine la existencia de grave peligro para la vida ya que antes el derecho a la libertad de elegir el modo de reivindicación se debe primar en la medida en que no pone todavía en peligro a la vida, por eso se acerca más al estado de necesidad, que al cumplimiento de un deber propiamente dicho que en definitiva viene a ser una causa de justificación genérica frente a las demás²⁴⁴, siempre que se lleve a cabo correctamente esto es en el momento de grave peligro y de la forma menos gravosa para la dignidad e integridad del recluso.

Un supuesto específico es el que presenta la colisión de deberes considerado por unos autores como una modalidad de estado de necesidad y por otros como una manifestación del cumplimiento de un deber²⁴⁵, en todo caso los deberes jurídicos²⁴⁶ en conflicto serían el deber de asistencia, socorro y auxilio al recluso para salvarle la vida y el deber de respetar su voluntad; algunos autores han optado por la preferencia del pri-

244 Cobo, M.-Vives, T. *DPPG* cit pág. 359, Carbonell Mateu, J.C. *La justificación...* cit. pág. 128-129

245 A título de ejemplo en el primer sentido y mayoritario iniciado por Binding Maurach, R. *Tratado de Derecho penal* Trad por J. Córdoba Tomo I Barcelona 1962 pág.401, Rodríguez Mourullo, G. *La omisión...* cit 1966 pág. 234, Bajo Fernández, M. *Agresión ...* cit. pág. 138, Cuerdo Riezu, A. *La colisión de deberes*. Madrid 1984 pág. 55 y pág. 256. En el segundo Cerezo, J. *La exigente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo* ADPCP 1987 Tomo LX pág. 275 y *Curso de Derecho Penal español* II Madrid 1990 pág. 17, Díez Ripollés, J.L. *La huelga ...* cit. pág. 636. Rechaza la colisión de deberes en el caso de la huelga de hambre Luzón Peña, D.M. *Estado de necesidad ...* cit. pág. 59

246 Ya que los deberes morales si no están recogidos en una norma jurídica no pueden tenerse en cuenta. Cuerdo Riezu, A, *La colisión de deberes* cit pág.

mero²⁴⁷ otros por la del segundo²⁴⁸ y en el caso de entender que ambos tienen el mismo rango se ha entendido que el cumplimiento de cualquiera de ellos es lícito pues de lo contrario el sujeto nunca podría actuar lícitamente en tal situación²⁴⁹. Para distinguir la colisión de deberes del cumplimiento de un deber se ha establecido como criterios²⁵⁰ que en el primer caso se trata de supuestos en que para cumplir un deber genérico, no consistente en el de lesionar el bien jurídico lesionado, alguien se ve obligado a lesionar dicho bien jurídico, y que en el segundo de los supuestos sería para los casos en los que el cumplimiento del deber consiste específicamente en la lesión del bien jurídico lesionado (en virtud de esta diferenciación en el caso de la huelga de hambre velar por la salud sería un deber de la Administración Penitenciaria pero hacerlo con violencia no, por eso remitiría al estado de necesidad) o que en la colisión de deberes el conflicto es entre deberes penales y en el cumplimiento de un deber se puede incumplir un deber penal por el cumplimiento de otro contrapuesto no penal²⁵¹.

Sin embargo desde una concepción objetiva del injusto lo determinante no será la infracción de un deber como voluntad contraria a la norma, sino la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, por ello no habría esa distinción entre colisión de deberes y colisión de bienes ya que en todo caso siempre ha de haber una colisión de bienes que se ha de resolver

247 Bajo Fernández, M. *op. y pág.* cit cita como razones de esta elección la especial intensidad por tratarse de un funcionario público, porque cuando desaparece la consciencia ya no hay seguridad de la voluntad del recluso y porque las medidas con las que se suministra el alimento ni entrañan riesgo ni implican agresión médica.

248 Díez Ripollés, J.L. *La huelga...* cit. pág. 639 y 651. Cuello Contreras, J. *op. cit.* pág. 507 afirma que el deber de omitir siempre es superior al de actuar, sin atender por tanto a lo que parece más importante que es el bien jurídico que protege la norma.

249 Cerezo, J. *La eximente...* cit. pág. 275, *Curso* cit... pág. 48.

250 Mir Puig, S. *Problemas...* cit pág. 513, posteriormente critica la propia expresión colisión de deberes DPPG 3ª Ed Barcelona 1990 pág. 482.

251 Cuerda Riezu, A. *La colisión ...* cit pág. 254-255.

con criterios valorativos²⁵², de esta manera “cuando se hace expresa referencia a la infracción de un deber se pretende únicamente designar las infracciones que no llegan a lesionar bienes jurídicos ajenos, sino que se limitan a ponerlos en peligro”, ya que tras la infracción de un deber siempre hay un bien jurídico que reposa tras él pues el deber existe solo en función de la protección de bienes jurídicos; vgr: tras la infracción del deber de custodia y cuidado de los presos se encuentra el peligro para su vida o integridad.

6.4. Consideraciones de Política Criminal

De lo dicho hasta ahora se concluye que el delito de coacciones puede quedar justificado si la alimentación forzada se lleva a cabo en el momento en que corra serio e inminente peligro la vida del recluso y con los medios menos perjudiciales para su integridad física y dignidad humana, al amparo del estado de necesidad justificante por el conflicto creado entre el deber de proteger la vida del recluso de la Administración penitenciaria y el derecho a la libre autodeterminación del recluso. Si el conflicto se entiende exclusivamente entre la vida y la libertad del recluso, el resultado de optar por el mayor valor de la primera no resulta satisfactorio por las dificultades ya señaladas para la ponderación, aunque de la legislación se pueda deducir una mayor protección a la vida .

Esta solución sin embargo no es totalmente satisfactoria porque en el plano deontológico la declaración de Tokyo de la A.M.M. prohíbe expresamente la alimentación forzada cuando se trata de una decisión consciente y racional del recluso en la consideración de que el tratamiento médico no puede imponerse en ningún caso en contra de la voluntad del paciente y porque

252 Cobo, M.-Vives, T. *DPPG...* cit. pág. 393 y pág. 398 nota 3. Con distintos argumentos también Silva Sánchez, J.M. *Sobre estado de necesidad...* cit. pág. 678 rechaza la infracción de deber por entender que la expresión lesión de bien jurídico ya engloba aquella.

en el plano jurídico supone una falta de respeto a la dignidad y libertad del recluso ya la justificación admitida parte de la ausencia de consentimiento del propio necesitado²⁵³, lo que obliga a reflexionar sobre la posibilidad de no permitir la alimentación coactiva cuando se trate de una decisión libre y razonada.

El Código Penal de 1944 concede escasa relevancia al consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra la vida, por ello la no alimentación puede dar lugar a la responsabilidad general por omisión del deber de socorro e incluso la específica de auxilio al suicidio ya que aunque el Código no contempla el castigo del sujeto que intenta producirse su propia muerte, si que lo hace respecto a los terceros que intervienen en ello al ser constitutiva de delito la colaboración, activa u omisiva, que favorezca tal conducta. Esta postura sin embargo varía con el Código Penal de 1995 porque otorga cierta relevancia al consentimiento en los delitos de lesiones, en el auxilio ejecutivo al suicidio y en la eutanasia activa de donde se deriva que el respeto a la autonomía individual ha penetrado discretamente en la regulación penal. Hay un gran sector doctrinal que sigue viendo esta solución insuficiente ya que basandose en la disponibilidad de la propia vida y la libre autodeterminación de la persona, entienden que han de ser impunes todos los comportamientos consistentes en no impedir un suicidio, haya o no posición de garante²⁵⁴ por la legitimidad que otorga el consentimiento libremente emitido, lo que por extensión se podría decir también res-

253 Roldan, H. *Estado de necesidad y colisión de intereses* CPC 1983 pág. 516 entiende que aunque el bien salvado sea mayor que el causado un auténtico respeto a la libertad obliga a tener en cuenta el consentimiento del ofendido como presupuesto inquebrantable de la exención .

254 Del Rosal, B. *op. cit.* pág. 96, Valle, J.M. *La ausencia...* cit pág. 19, Silva Sánchez, J.M. *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (comentario a la STS de 8 de Julio de 1985)* ADPCP 1987 Tomo XL pág. 473, Carbonell, J.C.-González Cussac, J.L. *Derecho Penal. Parte especial...* cit pág. 558. En general estas posturas estan plasmadas en el Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida ADPCP 1992 Tomo XLV, VVAA.

pecto a la huelga de hambre en la medida que ejercita hasta su máximo nivel el derecho a arriesgar la propia vida.

Por lo que respecta a la legislación penitenciaria, de su regulación se deduce que la Administración se encuentra en posición de garante respecto al recluso que tiene bajo su custodia, lo que puede permitir la intervención, aun en contra de la voluntad del sujeto en los casos en que éste se encuentre en peligro de muerte, fundamentada en un deber de la Administración de alimentar al recluso huelguista extraído de una interpretación amplia del deber de velar por la vida y salud de los reclusos. Esta vaguedad con que se mostraba la normativa penitenciaria ha terminado con la regulación del nuevo Reglamento Penitenciario de 1996 que ya de forma expresa permite la intervención coactiva, lo que no parece muy acorde con el nuevo enfoque que el Código Penal de 1995 ha querido dar a la disponibilidad de la vida en consonancia con la dignidad humana.

La decisión de mencionar expresamente el tratamiento coactivo en la normativa penitenciaria es correcta y además necesaria para garantizar la seguridad jurídica, al margen de que hubiera sido más correcto introducirlo en la ley, sin embargo se ha perdido la ocasión de proteger la autonomía individual en los casos en que el sujeto haya tomado libre y razonadamente su decisión. No se puede descartar que una impunidad general de estas conductas podría llevar a permitir la manipulación de la vida humana por el poder político en los casos de huelgas de hambre reivindicativas, por eso en consonancia con la validez del consentimiento en la legislación penal se podría replantear la interpretación penitenciaria sobre la huelga de hambre para acomodarla a tal modificación, con una regulación de la huelga de hambre en la legislación penitenciaria semejante a la adoptada por la ley de ejecución alemana en el sentido de prohibir expresamente cualquier tratamiento médico coactivo, incluso en los casos de grave peligro para la vida, con la excepción de aquellos supuestos en los que no se pueda reconocer una decisión libremente tomada por su titular, lo que por otra parte no es difícil pensar que pueda ocurrir en la gran mayoría de los casos

bien por el propio desequilibrio psíquico y emocional que provoca la situación carcelaria o bien concretamente en los miembros de grupos terroristas por las presiones externas provenientes de la organización.

Las garantías necesarias dirigidas a proteger al recluso de posibles manipulaciones e impedir el abuso de derecho estatal para desprenderse de sujetos hostiles se habrán de plasmar en un estricto y continuado exámen médico que determine la capacidad del sujeto y un control judicial que vele en todo momento por el respeto a los derechos y libertades del recluso. Estas dos últimas previsiones se apoyan en la gran importancia de las incognitas que subyacen bajo las propuestas abstencionistas y que se centran en determinar si el huelguista es verdaderamente libre en su decisión o por el contrario al tratarse de huelgas colectivas de trasfondo político se puede haber visto presionado, y si puede haber riesgo de abuso estatal necesitando por ello unas garantías específicas para su protección, se trata en todo caso de establecer garantías frente al Estado para evitar el abuso de poder y al servicio del Estado para salvaguardar la libre formación de decisiones. Esto significa que en todo caso cualquier alimentación coactiva permitida haya de limitarse al momento de máxima gravedad, llevarse a cabo con todas las garantías legales y judiciales y ejecutarse de la forma menos agresiva para la dignidad humana.