



EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: ALGO NO RESUELTO EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

INFORMED CONSENT: SOMETHING UNRESOLVED IN THE PENITENTIARY SETTING

JULIO GARCÍA GUERRERO

Calle Fernando el Católico 18, 6º D. 12005 Castellón. Tfno: +34 699 798448

E-mail: garciaj@comcas.es

RESUMEN:

Palabras clave:

consentimiento informado, prisión, preso, negativa al tratamiento, España.

Recibido: 03/12/2017

Aceptado: 21/03/2018

Introducción: El ejercicio del Consentimiento Informado (CI) en el ámbito penitenciario se contradice con lo dispuesto para la población general en nuestro ordenamiento legal. **Material y Método:** Revisión de la normativa legal y doctrina constitucional sobre CI. Revisión de las resoluciones judiciales cuando un preso se niega a un tratamiento médico. **Resultados:** Normativa sobre CI (Ley 41/2002 y Convenio de Oviedo): Excepto en imposibilidad de recabar CI y daños a terceros, cualquier persona competente y capaz puede decidir sobre su vida y salud, y esa decisión debe ser respetada. Ley de investigación biomédica: no mencionan las prisiones. Normativa penitenciaria (Ley 1/1979, orgánica, general penitenciaria, Reglamento Penitenciario): la Administración debe velar por la vida y salud de los presos. Doctrina constitucional: Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 120/1990; 137/1990 y 11/1991: se ampara la legitimidad constitucional de la alimentación forzada a un huelguista de hambre equiparándola a un tratamiento médico; esto se justifica por la necesidad de preservar el bien superior de la vida humana. STC 37/2011: el CI es inherente al derecho fundamental a la integridad física. Resoluciones judiciales (juzgados de Instrucción y de Vigilancia Penitenciaria): autorizan el tratamiento médico forzoso de un preso cuando, a criterio médico, su vida o su salud corran peligro. **Conclusiones:** Los presos ven limitado el ejercicio del derecho al CI en casos extremos en que su vida o salud están amenazadas. Esta práctica es un mandato judicial que atenta contra el derecho fundamental constitucional a la integridad física y contra la legislación común sobre CI.

ABSTRACT:

Keywords:

informed consent, prison, inmate, treatment refusal, Spain.

Introduction: The exercise of Informed Consent within the penitentiary environment contradicts the ordinary exercise of the same towards the rest of the population. **Methodology:** review of legal regulations and constitutional doctrine on IC. Review of the judicial outcomes when a prisoner refuses medical treatment. **Results:** Normative on IC (Ley 41/2002 y Convenio de Oviedo, Spanish legal framework): with the exception of cases in which IC cannot be taken or under the risk of causing damage to third parties, competent and capable persons can decide over their life and health, and such decisions need to be respected. Biomedical Research Law: no mention of prisons. Penitentiary normative on IC (Ley 1/1979, orgánica, general penitenciaria, Reglamento Penitenciario, Spanish legal framework): the Administration must veil over prisoners' life and

health. Constitutional Doctrine: Constitutional Court Sentence (STC) 120/1990; 137/1990 and 11/1991 (Spanish legal framework): constitutional legitimacy to apply forcible feeding on a hunger striker is provisioned as it is compared to medical treatment; justified due to the need to preserve the higher good of human life. STC 37/2011: IC is inherent to the fundamental right to physical integrity. Judicial resolutions: authorisation of forcible medical treatment over a prisoner if, under medical criteria, his life or health are at stake. **Conclusions:** limitations over prisoners' rights concerning IC are applied in extreme cases in which his/her life or health are threatened. This practice unveils judicial mandates infringing upon the fundamental and constitutional right to physical integrity, and upon the common legislation on IC.

1. Introducción

El Consentimiento Informado (CI) es el proceso por el cual un paciente consciente, libre de influencias externas, tras haber sido adecuadamente informado por el médico y tras un proceso deliberativo acerca de las diversas opciones existentes y sus consecuencias, acepta o no que se practique sobre él un procedimiento, diagnóstico o terapéutico, de los que el médico propone, o bien acepta participar como sujeto de experimentación en un proyecto de investigación biomédica.

El CI constituye la expresión práctica del principio de autonomía, según el cual las personas somos agentes morales autónomos capaces de autogobernarnos y por tanto capaces de realizar elecciones o acciones autónomas, que son las que ejecutan las personas de forma intencionada, conociendo lo que hacen y sin control o influencia externa¹. La implantación del CI ha significado un cambio radical en la forma de entender y practicar las relaciones entre médicos y pacientes; de una relación paternalista fuerte en la que el paciente era un mero espectador que tenía una mínima capacidad de influencia sobre las decisiones médicas, se ha pasado a un modelo de relación en el que hay una exigencia de información veraz y comprensible por parte del médico y la decisión final la toma el paciente tras un proceso deliberativo conjunto sobre las opciones existentes.

Es relativamente frecuente la expresión: "la prisión es un reflejo de la sociedad", como queriendo significar que el mundo carcelario no es más que una copia a escala de la sociedad civil que todos habitamos. Nada más

incierto, ya que hay numerosas diferencias entre ambos mundos. A título de ejemplo: la prisión es un mundo esencialmente masculino (solo el 7,6% de los presos son mujeres)², en el que no hay niños (solo unos 200 conviviendo con sus madres presas en establecimientos especiales)³, en el que la proporción de personas mayores de 60 años en prisión es abrumadoramente menor que en el conjunto de la sociedad⁴ o en el que el nivel de instrucción de las personas privadas de libertad es bastante más precario que el que se puede encontrar en cualquier barrio de cualquier ciudad española⁵. Las diferencias siguen patentes si analizamos las patologías más prevalentes en el mundo penitenciario. Enfermedades infecciosas como la infección VIH, hepatitis víricas, tuberculosis, enfermedades de transmisión sexual y otras parasitarias, afectan en mucho mayor número a las personas privadas de libertad que a las personas libres^{6,7,8,9}. Lo mismo puede decirse de las enfermedades psiquiátricas o las drogodependencias¹⁰.

2 Gobierno de España. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Informe General 2016. [Publicación en línea] http://institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2016_acc.pdf [Consulta: 10/11/2017].

3 Gobierno de España. *op. cit.* 2.

4 *Ibid.* 2.

5 *Ibid.* 2.

6 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Plan Nacional sobre el Sida. [publicación en línea] <https://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/home.htm> [Consulta: 10/11/2017]

7 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Plan Estratégico para el abordaje de la Hepatitis C en el SNS [publicación en línea] <https://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/hepatitisC/home.htm> [Consulta: 10/11/2017]

8 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Plan para la Prevención y Control de la Tuberculosis en España [publicación en línea] <https://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/PlanTuberculosis/docs/planTuberculosis.pdf> [Consulta: 10/11/2017]

9 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Op. Cit.* 6.

10 *Ibid.* 2.

1 Beauchamp TL, Childress JF. *Principios de ética biomédica*. Masson, Barcelona, 1999: 136.

Otro aspecto, no menor, que diferencia a las personas privadas de libertad de las personas libres, es la posibilidad de disfrutar de sus derechos individuales. Evidentemente, la libertad física es un derecho limitado en virtud de una resolución judicial, pero la Constitución española (CE) en su art. 25.2 sanciona el principio de conservación de derechos al decir claramente que los presos deberían de poder gozar de todos sus derechos *"... a excepción de los que se vean limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria"*. A pesar de ello el disfrute de algunos derechos por parte de los presos puede ser diferente que en el mundo en libertad ¿Por qué sucede esto? Pues porque el Tribunal Constitucional español (TC), se encargó de definir en su momento lo que se llama Relación de sujeción especial (RSE), según la cual *"... la relación que une al preso con la Administración es de tal naturaleza que comporta un régimen limitativo de los derechos fundamentales de los internos, de forma que lo que podría representar una vulneración de esos derechos fundamentales de las personas en libertad no puede, sin más, considerarse así en el caso de los presos"* (SSTC 74/1985 y 2/1987).

Una precisión: el término "preso" o "persona o paciente privado de libertad" es demasiado amplio y engloba cualquier grado de privación de libertad resultante de una resolución judicial, desde el encarcelamiento con la pérdida absoluta de libertad que conlleva, hasta determinadas modalidades de cumplimiento de penas como el Régimen Abierto, Unidades Dependientes, Tercer Grado o también condenas que no acarrear la pérdida de libertad física como pueden ser inhabilitación, pérdida del derecho de sufragio u otras. Cuando se hable de "preso" o "persona o paciente privado de libertad" nos referiremos únicamente a la primera de las modalidades, a la persona recluida en un centro penitenciario en régimen cerrado, y cuya dependencia es absoluta de la Administración Penitenciaria para el uso y disfrute de sus derechos, entre ellos el derecho a la protección de la salud; en todos los demás casos los pacientes reciben asistencia de la red sanitaria pública común y posiblemente el tratamiento de este asunto en su caso debería ser distinto.

El objetivo de este trabajo es exponer como, en el seno de esta especial relación administrativa, la doctrina y legislación común acerca del consentimiento informado (CI) se aplica de distinta forma a los presos que a las personas libres, de forma que aquellos no pueden ejercer su derecho al CI de la misma forma que estos.

2. Material y Método

Se revisó la normativa legal común española sobre CI, incluyendo la normativa sobre investigación clínica, en busca de alguna referencia a las personas privadas de libertad en su articulado que pudiera condicionar de alguna forma el disfrute del derecho al CI. Posteriormente se revisó la normativa legal penitenciaria, en busca de pronunciamientos específicos sobre el uso y disfrute del CI por parte de los presos, tanto en la atención sanitaria como en lo referente a su participación como sujetos de investigación y se buscaron y revisaron resoluciones judiciales, de juzgados de instrucción y juzgados de vigilancia penitenciaria, recaídas en caso de negativa de un preso a recibir tratamiento médico utilizando para ello la página oficial de la institución penitenciaria¹¹ y publicaciones oficiales de la institución sobre jurisprudencia penitenciaria¹², así como casuística propia. Por último, se revisó la doctrina constitucional recaída en caso de rechazo a recibir tratamiento médico por parte de un preso, así como la doctrina constitucional específica sobre CI.

3. Resultados

3.1. Normativa legal común sobre CI

Nuestro ordenamiento tiene dos normas fundamentales que regulan el CI: el Convenio para la protección de los derechos humanos y la protección del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina y protocolos adicionales (El llamado Convenio de Oviedo), que fue aprobado por el Consejo de Europa el

11 Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. [Publicación en línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/index.html> [Consulta: 10/11/2017]

12 Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Jurisprudencia Penitenciaria 2014*. Madrid, 2015: 517-528.

4 de abril de 1997 y puesto a la ratificación por los estados miembros. España lo hizo mediante un Instrumento de Ratificación publicado en el BOE nº 251, de 20 de octubre de 1999, y desde el 1 de enero de 2000 tiene plena vigencia legal en nuestro país. La trascendencia del Convenio de Oviedo es que es el primer documento supranacional de bioética con obligación de trasladarlo al ordenamiento jurídico de muchas naciones europeas, por lo que establece un marco común para todas ellas en cuanto a la protección de los derechos humanos fundamentales en las aplicaciones de la Medicina. Poco después se promulgó la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, comúnmente conocida como ley de autonomía. El primer párrafo del artículo 5 del Convenio de Oviedo no deja lugar a la duda: *“Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”*. Al igual que el artículo 2.2 de la ley de autonomía: *“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”*. Ninguna de estas normas recogen en su articulado referencia alguna a condicionamientos o excepciones en la aplicación de estos artículos en caso de personas privadas de libertad.

Respecto a la participación de los presos en proyectos de investigación clínica, que es otro aspecto de la actividad sanitaria para el que imprescindible el CI del interesado, se han revisado la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica y el Protocolo adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina relativo a la investigación biomédica del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 2005¹³, que aunque no ha sido ratificado por España tiene una indudable relevancia. La ley de investigaciones biomédicas no contiene especificación alguna sobre participación de presos en proyectos de investigación, pero el Protocolo

adicional del Convenio de Oviedo dedica su artículo 20 a esta actividad en particular:

“Artículo 20.– Investigación sobre las personas privadas de libertad

Cuando la ley permite la investigación con personas privadas de libertad, dichas personas pueden participar en un proyecto de investigación en el que los resultados no tienen el potencial de producir un beneficio directo para su salud solo si se cumplen las siguientes condiciones adicionales:

- i) una investigación de eficacia comparable no puede llevarse a cabo sin la participación de personas privadas de libertad;*
- ii) la investigación tiene el objetivo de contribuir al logro último de resultados capaces de otorgar beneficios a las personas privadas de libertad;*
- iii) la investigación implica solo un riesgo mínimo y una carga mínima”.*

3.2. Legislación específicamente penitenciaria

Ley orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (LOGP): Su art. 3.1 sanciona el principio de conservación de derechos: *“Los internos podrán ejercer los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del sufragio, salvo que sean incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de su condena”*, y el 3.4 atribuye a la Administración el deber de *“... velar por la vida, integridad y salud de los internos”*. El capítulo III, Título II se ocupa de la asistencia sanitaria (arts. 36 al 40). Ninguno de estos artículos se refiere a la posibilidad de que un interno rechace un tratamiento médico, ni a nada relacionado con la doctrina del CI, ni a investigaciones clínicas con presos. El Capítulo IV de la Ley se dedica al *“Régimen disciplinario”* y su art. 45 dice:

1.- “Sólo podrán utilizarse, con autorización del Director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes (...):

¹³ Consejo de Europa. Protocolo adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, relativo a la Investigación Biomédica. Estrasburgo, 2005. [Publicación en línea] <https://www.bioeticaweb.com/protocolo-adicional-al-convenio-de-derechos-humanos-y-biomedicina-relativo-a-investigaciones-con-seres/> [Consulta: 05/03/2018]

b) para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas (...).

3.- El uso de las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario”.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP 1996): El RP 1996 habla de CI en su art. 210 y dice que será necesario el CI de un preso para tratarlo o para ingresarlo en un hospital, excepto en caso de peligro inminente para su vida o salud y en los casos de daños a terceros y de asistencia médica obligatoria por riesgo para la salud pública que se recogen en la legislación general sobre CI. Dice al art. 210.1 RP: “... Sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste (el interno) se podrá imponer un tratamiento en contra de la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso...”. Esta es la única norma legal o administrativa del ordenamiento español vigente que posibilita aplicar un tratamiento médico en contra de la voluntad de un paciente con competencia mental para decidir y sin que medien motivos de salud pública o de daños a terceros, ya que no recoge la precisión recogida en la legislación común acerca de “... y no es posible conseguir su autorización...” (artículo 9.2.b de la ley 41/2002). Por lo que respecta a la investigación clínica el RP 1996 la regula en el artículo 211 de “Investigaciones médicas”:

“1.- Los internos no pueden ser objeto de investigaciones médicas más que cuando éstas permitan esperar un beneficio directo y significativo para su salud, y con idénticas garantías que las personas en libertad.

2.- Los principios éticos en materia de investigación sobre los seres humanos deben aplicarse de manera estricta y, en particular, en lo que concierne al consentimiento informado y a la confidencialidad. Toda investigación llevada a cabo

en prisión debe estar sometida a la aprobación de una comisión ética o a cualquier otro procedimiento que garantice estos principios.

3.- Los internos deberán ser informados de la existencia de estudios epidemiológicos que les afecten y que se lleven a cabo en la prisión en que se encuentren”.

3.3. Doctrina del Tribunal Constitucional

El TC se pronunció sobre la legitimidad de la posibilidad de alimentar forzosamente a los presos en las sentencias 120/1990 de 27 de junio, 137/1990 de 19 de julio, 11/1991 de 17 de enero y 67/1991 de 22 de marzo, emitidas con ocasión de la huelga de hambre de los presos de la organización terrorista GRAPO. El Alto Tribunal legitimó la alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre cuando estuviera en peligro la salud o la vida de un recluso, haciéndolo con cuatro argumentos principales: la primacía del bien “vida” sobre todos los demás, así como que no hay un derecho a disponer de la propia vida; las RSE que unen al preso con la Administración; el deber de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y salud de los presos y; la ilegitimidad de la reivindicación esgrimida por los huelguistas para iniciar su huelga de hambre. La sentencia fue discutida en el seno del propio Tribunal y contó con dos votos discrepantes o particulares que en esencia decían: a) no puede existir un límite adicional a los derechos fundamentales de los presos más allá de los marcados por la ley, y las RSE no pueden utilizarse para justificar esta actuación; b) el deber de cuidado no autoriza a la Administración para utilizar cualquier medio o imponer ese cuidado; c) existe un derecho a rechazar la ayuda no pedida y d) no puede condicionarse la alimentación forzosa a la legitimidad o ilegitimidad del fin perseguido.

En una demanda de un preso para que le fuera adelantada su libertad condicional por una enfermedad grave e incurable (STC 48/1996, de 25 de marzo), el TC también dijo: *El derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa (...).La decisión de permitir*

una agresión de esa envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida” (STC 48/1996. FJ 3º).

Un pronunciamiento específico sobre CI lo hizo el TC en su sentencia 37/2011, de 28 de marzo de 2011, en la que se ampara la reclamación de un ciudadano que recibió atención sanitaria desatendiendo su derecho a ser informado sobre la atención que iba a recibir y a prestar su consentimiento para ello. Dice el TC en esta ocasión sobre el CI: *“De acuerdo con lo expuesto, podemos avanzar que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad.. (STC 37/2011. FJ 5º).*

3.4. Resoluciones judiciales

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Sentencia 7764/2005, de 18/10/2005. En ella se condena a la Administración a indemnizar a los padres de un preso muerto tras negarse repetidamente, por escrito y ante varios equipos médicos a tomar tratamiento para su infección por VIH. El Alto Tribunal condena a la Administración Penitenciaria por *“... no adoptar, exigir e imponer el tratamiento profiláctico que el paciente precisaba”.*

Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (JVP) de Jaén. Auto de 22 de marzo de 2005 por el que *“se autoriza la administración forzosa de insulina, cualquier otro medicamento e incluso la alimentación forzosa cuando la situación clínica del mismo lo precise”* de un interno diabético que se negaba a recibir esta medicación.

Resolución del JVP de La Coruña de 13 de enero de 2008, en el que se autoriza el ingreso hospitalario y tratamiento médico forzosos de un preso cuando a criterio médico hubiera peligro para su vida o salud.

Juzgado de Instrucción nº 3 de Castellón. Auto de 9 de abril de 2010 ordenando el ingreso hospitalario forzo-

so de un paciente con una cardiopatía isquémica aguda que se negaba a recibir atención médica y tratamiento.

Auto de 23 de marzo de 2011 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, posteriormente ratificado por otro del JVP de Aragón, de fecha 5 de abril, y vuelto a ratificar por el mismo Juzgado de primera instancia el 31 de mayo ante el estado preagónico que presentaba el paciente, autorizando que se imponga a un preso en huelga de hambre el tratamiento médico, que debería hacerse en régimen hospitalario, necesario para salvaguardar su vida. Este preso murió tras cinco meses en huelga de hambre y por las complicaciones sistémicas que le provocó su estado de emanciación.

Resolución del JVP de Salamanca de 4 de mayo de 2011, que autorizaba el tratamiento médico que fuera preciso a un preso en huelga de hambre.

Resolución del JVP de Aragón de 19 de octubre de 2011 por el que se autorizaba la amputación supracondílea de ambas extremidades inferiores a un preso que se negaba a ello, ante el peligro vital que corría.

Juzgado de Instrucción nº 1 de Castellón. Auto de 22 de septiembre de 2013 por el que se autoriza la intervención quirúrgica con anestesia general de un interno afecto de una peritonitis fecaloidea y que se negaba a ser operado.

JVP de Ocaña. Auto de 1 de septiembre de 2015 autorizando *“...a que en contra de su voluntad le administren el tratamiento médico que estimen necesario para garantizar su integridad física y mientras persista la situación de grave riesgo para su vida o salud”*, a un interno afecto de miocardiopatía dilatada y tromboembolismo venoso, que se negaba a tomar la medicación.

Hay que hacer notar que todas estas resoluciones judiciales hacen referencia a personas que no ponen en riesgo a terceros con su decisión. En ellas la autoridad judicial tiene como principal y casi único argumento, la obligación de la Administración de velar por la vida y salud de los presos. En ninguna de ellas se hacen valoraciones sobre la posible incapacidad de los presos enfermos para tomar decisiones sobre su vida y salud. Incluso en algún caso, como el caso del preso que murió por una huelga de hambre en una prisión aragonesa, constan en

la historia clínica valoraciones psiquiátricas del paciente, en las que se le considera plenamente capaz para y consciente de tomar la decisión que ha tomado.

4. Discusión

A raíz de la entrada en vigor del Convenio de Oviedo y la ley 41/2002, en España no es posible un tratamiento médico en contra de los deseos de un paciente, si no media riesgo para la salud pública, daño para terceros o limitaciones en la capacidad de decisión que, en todo caso, debe ser establecida o ratificada por la autoridad judicial. Ya hemos visto como en ninguna de esas dos normas se recogen excepciones o límites a su aplicación en función de que el ciudadano esté o no privado de libertad. A pesar de esos mandatos legales, claros y sin otra interpretación posible y que además gozan de una completa aceptación social, los pacientes privados de libertad pueden ser sometidos a tratamiento médico sin su consentimiento e incluso constando su negativa expresa para ello cuando, según criterio médico, su vida o su salud corran peligro, como se ha visto por las resoluciones judiciales mencionadas más arriba.

¿En qué se basan estas resoluciones para violentar de forma tan flagrante estas dos normas básicas del Estado e ir contra la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional más reciente sobre el asunto que nos ocupa? El principal y casi único argumento que invocan todas las resoluciones es la doctrina del TC sentada a propósito de la huelga de hambre de los presos del GRAPO que declaraba constitucional la alimentación forzosa de un preso en huelga de hambre cuando, a criterio médico, estuviera en peligro la vida o salud del recluso huelguista.

El primer argumento que utiliza el TC es que la vida es el bien principal y que sin ella todos los otros derechos del hombre no tienen sustento; también el TC rechaza que el disponer de la propia muerte deba ser considerado como un derecho cuyo disfrute deba ser protegido por el Estado, aunque sí concede que es una manifestación genérica de libertad individual. Aquí el TC coincide con el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que en el asunto "Pretty vs Reino Unido" considera que el Estado debe proteger la vida;

según el TEDH no se puede admitir que el art. 2 de la Carta Europea de Derechos Humanos (CEDH) confiera al individuo el derecho a morir ni "...*tampoco puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida*"¹⁴. En el ámbito penitenciario el TEDH empezó considerando que la alimentación forzada de un preso en huelga de hambre, que hubiera dejado claramente sentada su negativa a recibir alimentos, podía ser considerada en algunas circunstancias una violación del artículo 3 de la CEDH y llegar a constituir tortura, pero justificaba la conducta de las autoridades de alimentar al huelguista, en el mejor interés del demandante con el fin de salvar su vida (asunto X. vs Alemania (1984) 7 EHRR 152; pags. 153-154)¹⁵. Posteriormente el Tribunal parece más inclinado a reconocer la alimentación forzada –que en estas circunstancias se puede equiparar a un tratamiento médico– como una forma de tortura (casos Nevmerjitski c. Ukraine, abril de 2005 y Ciorap c. République de Moldova, junio de 2007)¹⁶.

Este enfoque de protección de la vida ha sido discutido por varios autores. Balaguer Santamaría entiende que el derecho a la vida es subjetivo y personalista y desde esa perspectiva puede ser ejercido en positivo o en negativo. Por esta razón estima que la disponibilidad de la propia vida encuentra soporte en el art. 15 CE¹⁷. Valle-Muñiz, partiendo de que los derechos fundamentales deben entenderse como "*realidades normativas dinámicas configuradoras de la dignidad de las personas*" acaba afirmando: "*Pues bien, si el texto constitucional no permite una interpretación del derecho a la vida no compatible con la dignidad humana, y si ésta supone el rechazo de cualquier intento de instrumentalización,*

14 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Demanda nº 2346/200. Sentencia de 29 de abril de 2002. Asunto: Pretty contra Reino Unido [Publicación en línea] <http://docplayer.es/1425332-Tribunal-europeo-de-derechos-humanos-demanda-num-2346-2000-sentencia-de-29-de-abril-de-2002.html> [Consulta: 07/03/2018]

15 Tribunal Europeo de derechos Humanos. *op. cit.* 14

16 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Grèves de la Faim en detention. Alimentation forcée de détenus observant une grève de la faim [Publicación en línea] https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hunger_strikes_detention_FRA.pdf [Consulta: 07/03/2018]

17 Balaguer Santamaría J. "Huelga de hambre en prisión: disponibilidad del derecho a la vida o simple manifestación de libertad". En: *VV AA. Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario*. Centro de Estudios Judiciales. Madrid, 1992: 263-280.

en aras a salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, es indudable que el sujeto puede disponer libremente de su vida, que el acto del suicidio es expresión de un derecho constitucionalmente amparado. Cualquier otra interpretación sería contraria a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la paz social (Art. 10.1 CE)¹⁸. Por su parte Bajo Fernández parte de que la vida es el bien principal, pero siempre que sea querida. Cuando alguien rechaza libremente vivir, el imponerle el deber de seguir haciéndolo es no respetar la voluntad ajena y en este caso la libertad personal debe primar sobre cualquier otra consideración¹⁹. También en el propio ámbito penitenciario el asunto de los tratamientos médicos forzosos es muy discutido en virtud de, entre otros argumentos, de la negación a los internos de sus derechos como pacientes²⁰.

La idea de libertad implica asumir el criterio de que cualquier ciudadano tiene la facultad de hacer cuanto quiera, incluso morir, sin más limitaciones que la integridad de su capacidad para tomar decisiones y las derivadas de las libertades y los bienes ajenos, y por encima de prejuicios culturales o sociales de cualquier índole. En ese sentido la libertad de hacer significa que el sujeto tiene un margen libre de actuación que está limitado por el respeto a los derechos de los demás. Dentro de ese espacio un individuo, incluso estando preso, debe poder hacer o deshacer en lo referente a los bienes de su titularidad –y no debemos olvidar que la salud y las decisiones sobre ella son titularidad del paciente– siempre que ese ejercicio no lesione intereses de terceros. En defensa de esta visión que respeta la autonomía de las personas se pronuncia claramente la Asociación Médica Mundial en su “Declaración sobre personas en huelga de hambre”, adoptada en Malta en 1991 y revisada por última vez en Chicago en octubre de 2017²¹. La alimen-

tación forzada como forma de tratamiento médico impuesta a un preso es una forma de trato inhumano y degradante, y los médicos no deberían involucrarse en ellos²². Los profesionales de la salud deben respetar la autonomía y la decisión de un detenido de rechazar la alimentación, siempre que el detenido sea competente para tomar la decisión. Esto sigue siendo cierto incluso si su vida está en peligro, e independientemente de los motivos de este comportamiento²³. Se debe respetar la negativa a tratamiento médico de un preso competente y capaz, de la misma forma que se respeta en un ciudadano libre, incluidos los casos de huelga de hambre extrema. Los presos deben poder tener la opción de actuar en contra del consejo médico y rechazar tratamiento, incluso cuando esto pueda tener consecuencias graves contra su salud²⁴. También desde nuestro ámbito más cercano se ha defendido el respeto por la autonomía de un paciente preso en la toma de decisiones que le afecten²⁵.

El segundo argumento que utiliza nuestro Alto Tribunal en su razonamiento son las RSE, que constituyen “...una construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos...”^{26,27}. Tal concepto, tan impreciso y que no está regulado en ley alguna, fue sancionado por nuestro TC para el caso de los presos en

visada por última vez en Chicago en octubre de 2017) [Publicación en línea] <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-malta-de-la-amm-sobre-las-personas-en-huelga-de-hambre/> [Consulta: 06/03/2018]

22 Reyes H. “Force-Feeding and Coercion: No Physician Complicity”. *Virtual Mentor*. 9 (2007): 703-708.

23 Getaz L, Rieder JP, Nyffenegger L, Eytan A, Gaspoz JL, Wolff H. “Hunger strike among detainees: guidance for good medical practice”. *Swiss Medical Weekly*. 2012; 142:w13675. doi: 10.4414/smw.2012.13675.

24 Elger BS. “Prison medicine, public health policy and ethics: the Geneva experience”. *Swiss Medical Weekly*. 2011;141:w13273. doi: 10.4414/smw.2011.13273.

25 García-Guerrero J. “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario: aspectos éticos, deontológicos y legales”. *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. 15 (2013): 8-15.

26 Lasagabáster I. “Las relaciones de sujeción especial”. Civitas Ediciones. Madrid, 1994.

27 Ribera I. “El estatus jurídico de los reclusos”. En: *Ribera Beiras I. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. J. M. Bosch editores. Barcelona, 1997: 336-69.

18 Valle Muñiz JM. “Disponibilidad de la propia vida y Constitución de 1978”. *JANO: Medicina y Humanidades*. 39(1990): 297-308.

19 Bajo Fernández M. “Disponibilidad de la propia vida”. En: *VV AA. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Civitas Ediciones. Madrid, 2005: 1130-1145.

20 Arribas-López JE. “Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzada a los internos en los centros penitenciarios”. *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. 11 (2009): 57-63.

21 Asociación Médica Mundial. Declaración de Malta de la AMM sobre personas en huelga de hambre (Adoptada por la 43 Asamblea Médica Mundial en Malta, en noviembre de 1991 y re-

sus sentencias 74/1985 y 2/1987. Pero es la propia Constitución la que en el artículo 25.2 sanciona el principio de conservación de derechos de los presos (excepto los que se vean limitados por la sentencia y la ley). Como ya se ha hecho notar más arriba, ninguna ley de las que regulan el CI habla de limitar el derecho al CI de un preso en mayor medida que a cualquier otra persona en libertad y estas normas (ley 41/2002 y Convenio de Oviedo), son de plena aplicación en las prisiones. Una sentencia condenatoria va a dar lugar a la privación de libertad, pero ¿se le priva de algún otro derecho?, pues, a no ser que así lo diga la sentencia explícitamente, no. Es aquí donde empiezan a jugar su papel las RSE. Hemos visto que la CE reconoce el principio de conservación de derechos, pero también el propio TC reconoce que el CI forma parte inherente del derecho a la integridad física, que no puede ser limitado (el propio TEDH equipara la alimentación forzada y el tratamiento médico coercitivo con la tortura, que es un delito perseguido por todas las legislaciones nacionales e internacionales y que no prescribe). La integridad física es inviolable, a no ser que medie la legítima defensa o el interés público y una RSE no debería ser invocada para una intervención corporal no querida si no se da una de estas dos circunstancias; además, esta figura no está regulada por una ley, sólo jurisprudencialmente, y la única manera de limitar un derecho es una ley.

Otro argumento del TC es la obligación de la Administración de velar por la vida y salud de los reclusos (art. 3.4 LOGP) que incardina con la posibilidad legal de aplicar medidas coercitivas "... para evitar que los reclusos se hagan daño a sí mismo o a otros..." (art. 45.1.b LOGP). El Alto Tribunal interpreta de modo amplio este precepto y establece la obligación de la Administración de emplear todos los medios a su alcance para impedir que un preso pueda poner en riesgo su vida o salud por el hecho de no aceptar un tratamiento médico o no querer alimentarse y la obligación del preso de aceptarlo. Una de las acepciones de la palabra *velar* según el diccionario de la RAE es "*Cuidar solícitamente de algo*" y esa idea de cuidado solícito casa muy mal con la imposición forzada de un tratamiento médico no querido

ni buscado. Por otra parte, el art. 45.1.b de la LOGP se encuadra en el capítulo del "Régimen disciplinario" y su filosofía es solucionar incidentes regimentales y de orden provocados por los internos en los que pueda haber lesionados (la sutura de un autolesión en un paciente agitado podría ser un ejemplo perfecto), y en modo alguno el aplicar tratamientos médicos coactivos en pacientes capaces que se niegan a ser tratados. Por otra parte la LOGP no establece limitaciones sobre el derecho de los presos a decidir sobre tratamientos médicos que les afecten por lo que, en este caso, su mayor jerarquía normativa debe ceder ante la plena aplicabilidad de la ley 41/2002 y el Convenio de Oviedo, que son las normas del Estado que regulan el CI y que fueron promulgadas más tarde.

Además, se puede proponer otra interpretación posible del art. 3.4 de la LOGP: la Administración está obligada tomar las medidas necesarias y suficientes, entre las que se cuentan: tener unas prisiones lo suficientemente amplias, seguras, aireadas, limpias, con alimentación adecuada, unos servicios médicos equivalentes a los prestados a la población general, trabajo para los internos, adecuado empleo del tiempo de ocio, etcétera, como para que el cumplimiento de una condena en ellas no sea, *por sí mismo*, un peligro añadido para la vida o la salud del que la cumple. De esta forma también se vela por la vida y salud de los presos, se cumple la ley y los reclusos pueden hacer uso pleno de su derecho al CI.

El último argumento esgrimido por el TC es la ilegitimidad de la reivindicación aducida por los huelguistas para iniciar su huelga de hambre. El aceptar este argumento significaría el negar el derecho de cualquier persona a combatir las leyes que cree injustas, cosa que se debe poder hacer siempre que no se empleen medios violentos. Además, siempre existe la posibilidad de que esas leyes cambien y legitimen con el tiempo una actitud. Es inimaginable que la administración colonial inglesa hubiera alimentado forzosamente a Ghandi cuando llevaba a cabo sus huelgas de hambre en la prisión reivindicando la independencia de la India, cuestión esta que en aquellos momentos era manifiestamente ilegal.

La normativa penitenciaria que regula la investigación clínica con presos es mucho más restrictiva que el Protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre investigación clínica, ya que exige un beneficio directo para los sujetos de investigación y no tiene en cuenta el principio de riesgo y carga mínimos. Además e independientemente de la valoración de los proyectos de investigación por el Comité Ético de Investigación que corresponda, para cualquier investigación clínica en las prisiones españolas es preceptivo solicitar autorización administrativa, según un modelo normalizado que recoge la Instrucción 11/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de 22 de julio de 2005, sobre “Trabajos, estudios e investigaciones en el medio penitenciario”.

La investigación clínica con presos tiene aspectos que trascienden a la mera obtención del CI del sujeto de investigación. Se debe asegurar que este consentimiento sea tanto voluntario como verdaderamente informado, así como que los presos comprenden todas las implicaciones de su participación como sujetos de investigación²⁸. Esta condición previa exige medidas que minimicen todo lo posible factores como la coerción o la influencia indebida, que están muy presentes en el mundo carcelario. Una vez asegurados estos factores no quedan muchas razones para restringir la participación de presos en proyectos de investigación clínica: si acudimos al principio de equivalencia de cuidados médicos entre la población privada de libertad y la población general, la asistencia médica a los presos está garantizada en cualquier circunstancia y no se entendería muy bien desde el principio de justicia la razón por la que una población que va a disfrutar de los beneficios de la investigación, no contribuye a soportar sus cargas. Por otra parte hay autores que defienden la obligación de todos, incluso los presos, de participar como sujeto en proyectos de investigación “... *a menos que se tenga una buena razón para no hacerlo*”²⁹ y

poco a poco se va abriendo paso la idea del “derecho del preso a participar en la investigación médica como sujeto” en base a argumentos éticos como la equidad en los cuidados médicos y la justicia en la distribución de las cargas de la investigación, y legales en el sentido que el no proporcionar cuidados médicos a los presos equiparables a los de la población general, podría constituir un trato inusualmente cruel o degradante ya que una sentencia condenatoria sólo limita la libertad física del condenado y el no proporcionarle esos cuidados médicos podría llegar a ser una pena accesoria³⁰. Además, se ha visto que la principal motivación de los presos españoles para participar como sujetos de investigación es el altruismo y que su participación es libre y sin coacciones^{31,25}.

5. Corolario

– Unas sentencias del Tribunal Constitucional español discutidas y discutibles, ya antiguas y superadas por la promulgación posterior de legislación específica de aplicación directa y también de doctrinal constitucional específica, sentaron en su momento una doctrina que legitima la aplicación de tratamientos médicos forzosos a los presos en caso de peligro para la vida o salud de estas.

– Los presos son las únicas personas en España a las que se puede imponer un tratamiento médico forzoso sin que haya lesión de intereses de terceros en caso de no tratamiento y sin un juicio previo sobre su capacidad para decidir.

– El acceso de los presos españoles a su participación como sujetos de investigación no sigue los patrones del Consejo de Europa sobre esta materia.

– Estas posibilidades crean una nueva categoría de ciudadanos incompatible con el precepto constitucional de que todos somos iguales ante la ley.

28 Ahalt C, Sudore R, Bolano M, Metzger L, Darby AM, Williams B. “Teach-to-Goal” to Better Assess Informed Consent Comprehension among Incarcerated Clinical Research Participants”. *AMA Journal Ethics*. 19 (2017): 862-872.

29 Schaefer GO, Emanuel EJ, Wertheimer A. “The obligation to Participate in Biomedical Research”. *Journal of American Medical Association*. 302 (2009): 67-72.

30 Thomas DL. “Prisoner research-Looking back or looking forward?”. *Bioethics*. 24 (2010): 23-26.

31 García-Guerrero J, Vera-Remartínez E. “Investigación clínica y presos: coerción y motivos para participar”. *Cuadernos de Bioética*. 23 (2012): 605-620.

Referencias

- Ahalt C, Sudore R, Bolano M, Metzger L, Darby AM, Williams B. "Teach-to-Goal" to Better Assess Informed Consent Comprehension among Incarcerated Clinical Research Participants". *AMA Journal Ethics*. 19 (2017): 862-872.
- Arribas-López JE. "Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en los centros penitenciarios". *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. 11 (2009): 57-63.
- Asociación Médica Mundial. Declaración de Malta de la AMM sobre personas en huelga de hambre (Adoptada por la 43 Asamblea Médica Mundial en Malta, en noviembre de 1991 y revisada por última vez en Chicago en octubre de 2017) [Publicación en línea] <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-malta-de-la-amm-sobre-las-personas-en-huelga-de-hambre/> [Consulta: 06/03/2018]
- Bajo Fernández M. "Disponibilidad de la propia vida". En: VV AA. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Civitas Ediciones. Madrid, 2005: 1130-1145.
- Balaguer Santamaría J. "Huelga de hambre en prisión: disponibilidad del derecho a la vida o simple manifestación de libertad". En: VV AA. *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario*. Centro de Estudios Judiciales. Madrid, 1992: 263-280.
- Beauchamp TL, Childress JF. *Principios de ética biomédica*. Masson, Barcelona, 1999: 136.
- Consejo de Europa. Protocolo adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, relativo a la Investigación Biomédica. Estrasburgo, 2005. [Publicación en línea] <https://www.bioeticaweb.com/protocolo-adicional-al-convenio-de-derechos-humanos-y-biomedicina-relativo-a-investigacion-con-seres/> [Consulta: 05/03/2018]
- Elger BS. "Prison medicine, public health policy and ethics: the Geneva experience". *Swiss Medical Weekly*. 2011;141:w13273.doi: 10.4414/smw.2011.13273.
- García-Guerrero J, Vera-Remartínez E. "Investigación clínica y presos: coerción y motivos para participar". *Cuadernos de Bioética*. 23 (2012): 605-620.
- García-Guerrero J. "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario: aspectos éticos, deontológicos y legales". *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. 15 (2013): 8-15.
- Getaz L, Rieder JP, Nyffenegger L, Eytan A, Gaspoz JL, Wolff H. "Hunger strike among detainees: guidance for good medical practice". *Swiss Medical Weekly*. 2012; 142:w13675. doi: 10.4414/smw.2012.13675.
- Gobierno de España. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Informe General 2016. [Publicación en línea] http://institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2016_acc.pdf [Consulta: 10/11/2017].
- Gobierno de España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Plan Nacional sobre el Sida. [publicación en línea] <https://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/home.htm> [Consulta: 10/11/2017]
- Gobierno de España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Plan Estratégico para el abordaje de la Hepatitis C en el SNS [publicación en línea] <https://www.msssi.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/hepatitisC/home.htm> [Consulta: 10/11/2017]
- Gobierno de España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Plan para la Prevención y Control de la Tuberculosis en España [publicación en línea] <https://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/PlanTuberculosis/docs/planTuberculosis.pdf> [Consulta: 10/11/2017]
- Gobierno de España. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. [Publicación en línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/index.html> [Consulta: 10/11/2017]
- Gobierno de España. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Jurisprudencia Penitenciaria 2014*. Madrid, 2015: 517-528.
- Lasagabáster I. "Las relaciones de sujeción especial". Civitas Ediciones. Madrid, 1994.
- Reyes H. "Force-Feeding and Coercion: No Physician Complicity". *Virtual Mentor*. 9 (2007): 703-708.

- Ribera I. "El estatus jurídico de los reclusos". En: *Ribera Beiras I. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. J. M. Bosch editores. Barcelona, 1997: 336-69.
- Schaefer GO, Emanuel EJ, Wertheimer A. "The obligation to Participate in Biomedical Research". *Journal of American Medical Association*. 302 (2009): 67-72.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Demanda nº 2346/200. Sentencia de 29 de abril de 2002. Asunto: *Pretty contra Reino Unido* [Publicación en línea] <http://docplayer.es/1425332-Tribunal-europeo-de-derechos-humanos-demanda-num-2346-2000-sentencia-de-29-de-abril-de-2002.html> [Consulta: 07/03/2018]
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Grèves de la Faim en detention. Alimentation forcée de detenus observant une grève de la faim [Publicación en línea] https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hunger_strikes_detention_FRA.pdf [Consulta: 07/03/2018]
- Thomas DL. "Prisoner research-Looking back or looking forward?". *Bioethics*. 24 (2019): 23-26.
- Valle Muñiz JM. "Disponibilidad de la propia vida y Constitución de 1978". *JANO: Medicina y Humanidades*. 39(1990): 297-308.