

EL CONSENTIMIENTO EN EL TRATAMIENTO MÉDICO PENITENCIARIO¹

CONSENT FOR MEDICAL TREATMENT IN PRISON

María Sánchez Vilanova
Profesora Departamento Derecho Penal
Universitat de València (España)

Fecha de recepción: 9 de octubre de 2020.

Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2020.

RESUMEN

En el presente trabajo se reflexiona sobre el consentimiento en el tratamiento médico penitenciario, especialmente cuando forma parte del contenido de la medida de seguridad impuesta a sujetos declarados inimputables o semiimputables en el proceso penal, pues se trata de personas con una clara incapacidad para consentir que requieren un tratamiento particular.

ABSTRACT

In this paper we reflect on consent in prison medical treatment, especially when it is part of the content of the security measure imposed on subjects declared unimputable or semi-imputable in the criminal process, since they are people with a clear incapacity for consent that require a particular treatment.

PALABRAS CLAVE

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “*Derecho penal y comportamiento humano*” (MICINN-RTI2018-097838-B-100) concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España (IP: Eduardo Demetrio Crespo), y del Proyecto “*Derecho Penal de la peligrosidad: Tutela y garantía de los Derechos Fundamentales*” (DER2017-86336-R), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (IP: Lucía Martínez Garay).

Consentimiento informado, tratamiento, incapacidad, trastorno mental, autorización

KEYWORDS

Informed consent, treatment, disability, mental illness, authorization

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN GENERAL AL CONSENTIMIENTO INFORMADO. 1.1. Planteamiento. 1.2. Consentimiento informado y bioética. **2. CONSENTIMIENTO GENERAL ANTE LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS.** **3. CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.** 3.1. Como tratamiento en imputables. 3.2. Como contenido de la medida de seguridad en inimputables y semiimputables. **4. REFLEXIONES FINALES.** **5. BIBLIOGRAFÍA.**

SUMMARY

1. GENERAL APPROACH TO INFORMED CONSENT. 1.1. Approach. 1.2. Informed consent and bioethics. **2. GENERAL CONSENT FOR MEDICAL TREATMENT.** **3. CONSENT IN THE PRISON ENVIRONMENT.** 3.1. As treatment in imputable. 3.2. As content of the security measure in unimputable and semi-imputable. **4. CONCLUDING THOUGHTS.** **5. BIBLIOGRAPHY.**

1. APROXIMACIÓN GENERAL AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1.1. Planteamiento

Una de las cuestiones más controvertidas en el tratamiento médico penitenciario es el consentimiento del interno, puesto que, si bien los presos conservan su derecho a rechazar estos tratamientos, cuando es apreciada la eximente completa de inimputabilidad, o especialmente, la semiimputabilidad, los problemas se acrecientan. Debe recordarse que la legislación ha evolucionado del paternalismo médico reinante en épocas pasadas a un sistema de autonomía en el que el paciente es el pilar básico del sistema, y, sobre todo cuando el tratamiento consiste en planes tendentes a influir directamente sobre la personalidad de los individuos, surgen múltiples reparos éticos y legales que deben ser abordados conjugando las reglas básicas vigentes en el ámbito sanitario con las particularidades propias de los encarcelamientos.

Por ello, es necesario abordar de forma concisa el consentimiento respecto a estos tratamientos en función de las circunstancias particulares de cada caso, partiendo del principio de autonomía de la voluntad del paciente como el elemento

receptor en todo tipo de relación sanitaria², puesto que, como ROMEO CASABONA³ destaca, el paciente tiene derecho a decidir de forma general sobre su propio tratamiento como ámbito de su libertad, lo que implica que es necesario otorgar su consentimiento tras la recepción de la oportuna información.

Así, tras abordar, como punto de partida, el consentimiento informado desde una perspectiva bioética, se efectuará un análisis del consentimiento en general en los pacientes psiquiátricos, para posteriormente pasar a abordar sus vicisitudes cuando estos tratamientos se dispensan a personas privadas de libertad, teniendo en cuenta la relación de especial sujeción que en estos casos existe⁴. Finalmente, se analizarán las particularidades de estos tratamientos cuando forman parte del contenido de una medida de seguridad acordada por el juez a una persona inimputable o, supuestos especialmente problemáticos, semiimputable, en los que, como se verá, la respuesta a dispensar será verdaderamente diferente. Conviene recordar que la semiimputabilidad supone una capacidad disminuida para comprender la ilicitud los hechos y actuar conforme a dicha comprensión, y lleva aparejada la apreciación de una eximente incompleta conforme con el artículo (en adelante art.) 68 del Código Penal (en adelante CP), en relación con el art. 21.1 de este mismo código⁵. De este modo, se puede decretar la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad (ejecutadas, en todo caso, conforme establece el sistema vicarial), disminuyendo la pena en un grado necesariamente o dos potestativamente. Y, en estos supuestos, especialmente con el padecimiento de trastornos mentales, surge el interrogante de si la imposición de tratamientos médicos de forma coactiva puede estar justificada.

En definitiva, como se concluirá, es precisamente en virtud del contenido terapéutico por lo que se apuesta por la introducción de esta serie de medidas alternativas al sistema de penas, articulando un sistema que supone un importante avance para la atención psicoterapéutica y rehabilitadora de aquellos procesados con trastornos psíquicos. Por ello, como regla general, y siempre que se respetaran los requisitos y garantías existentes (puesto que no se debe olvidar que el tratamiento

² Sobre el principio de autonomía en general en las relaciones sanitarias, consultar, entre muchos otros: Beuchamp, T.L. y Childress, J.F. (2009). *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford, New York, 6ª ed., 99- 139.

³ Romeo Casabona, C.M. (1994). *El Derecho y la Bioética ante los límites de la Vida Humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 432.

⁴ Las relaciones de especial sujeción son una construcción jurídica que justifica limitaciones en los derechos de los ciudadanos. Se trata de figura discutida que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella. En todo caso, aunque las mismas describen una situación (la sujeción especial), no la justifican, por lo que para limitar cualquier otro de los otros derechos fundamentales deberá justificarse la necesidad de esa limitación, su adecuación al fin perseguido y su proporcionalidad, siendo interpretada en todo caso de forma restrictiva. Un análisis en profundidad de estas relaciones en: García Guerrero, J. (2013). *Los derechos fundamentales: la vida, la igualdad y los derechos de libertad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 109-117.

⁵ Cerezo Mir, J. (2004). *Curso de Derecho Penal español - Parte General (III). Teoría jurídica del delito*. Tecnos, Madrid, 103. Según CEREZO MIR, esta disminución debe ser considerable, puesto que en caso contrario solo cabría apreciar la atenuante analógica.

médico penitenciario constituye uno de los ámbitos más controvertidos existentes⁶), no podrían ponerse reparos a los mismos.

1.2. Consentimiento informado y bioética

Antes de empezar con el grueso del trabajo, se estima imprescindible la aproximación al concepto de consentimiento informado, clave en este estudio, y que puede ser definido, de forma simplificada, como el proceso por el cual un paciente, de forma consciente y libre, tras haber sido adecuadamente informado por el médico, mediante un proceso deliberativo, sobre las diferentes opciones existentes y sus consecuencias, admite el procedimiento terapéutico propuesto por este o acepta participar como sujeto de experimentación en un proyecto de investigación biomédica.

Empezando por esta última opción, aunque no puede ser efectuado en este punto un análisis de la compleja regulación de la investigación biomédica, conviene señalar, a título meramente indicativo, que la misma es una necesidad social admitida y, especialmente tras los abusos cometidos en la II Guerra Mundial, regulada en diferentes instrumentos nacionales e internacionales para evitar extralimitaciones. Ahora bien, la experimentación con personas privadas de libertad, en particular, presenta importantes particularidades, las cuales se derivan del ambiente fiscalizador de los centros penitenciarios, por lo que es frecuente el surgimiento de múltiples reparos al respecto que comportan restricciones respecto de las cláusulas generales⁷.

Dejando a un lado esta investigación biomédica, y circunscribiéndonos a los procedimientos terapéuticos, se ha de señalar, en primer lugar, que el consentimiento informado constituye la expresión práctica del principio de autonomía, el cual consagra la agencia moral de las personas como seres autónomos capaces de autogobernarse, y cuyos elementos configuradores son su entendimiento como un proceso, la dispensa de información, su comprensibilidad, la decisión, la voluntariedad y la capacidad o competencia⁸; últimos requisitos que en el presente estudio se analizarán especialmente, puesto que, para empezar, en los casos en los que se discute la eximente de anomalía o alteración psíquica (art. 20.1 CP), la citada capacidad, entendida como las facultades cognitivas en sentido amplio que permiten a las personas ejercer su autonomía personal y tomar sus propias decisiones, queda en entredicho por el padecimiento de deficiencias psíquicas que dificultan este

⁶ A modo meramente ilustrativo, conviene señalar los procedimientos coercitivos a los que fueron sometidos los enfermos mentales durante la Edad Media. Será a partir de la Ilustración cuando se instalen nuevas concepciones sobre los trastornos mentales, y se desarrolle un tratamiento moral cuyo objetivo fue controlar el desorden interno de las pasiones que los ocasionaban, apareciendo las primeras instituciones psiquiátricas, si bien con la propuesta de técnicas igualmente controvertidas, como por ejemplo la lobotomía. Una aproximación en: Mayoral, F. (2006). Destapando la caja de pandora: utilización de medidas coercitivas en psiquiatría. *Estudios de derecho judicial*, 92, 123 y ss.

⁷ Una aproximación a estas cuestiones en: García Guerrero, J. (2010). Los presos como sujetos de investigación biomédica. *Cuad. Bioét.*, XXI, 185-198.

⁸ García Guerrero, J. (2013). Op. Cit., 63-86. De hecho, este autor efectúa un amplio repaso a la doctrina del consentimiento informado, y su evolución en nuestro país, con referencias a los autores más representativos de este campo.

autogobierno. Asimismo, no se debe olvidar que en el ámbito penitenciario la voluntariedad, referida a la libertad de las acciones (sin estar estas condicionadas por factores externos), es realmente discutible, puesto que el riesgo de coacción o explotación es mayor en estas instituciones que en otro contexto, por lo que las precauciones deberán extremarse en este ámbito.

Reiterando lo dicho líneas antes, aunque actualmente el consentimiento informado es la clave de bóveda de cualquier relación sanitaria, tradicionalmente no fue así, correspondiendo la última decisión en relación a los tratamientos médicos al personal sanitario, pues era frecuente la privación de información a los enfermos, al predominar la citada relación paternalista entre médico y paciente. A decir verdad, el consentimiento informado constituye un claro reflejo del cambio operado en las relaciones sanitarias conforme con los principios que rigen la ética médica⁹.

En España, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP)¹⁰, establece la exigencia de contar con este consentimiento informado salvo en casos absolutamente excepcionales. Como en el artículo 8 de la citada Ley se establece “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Además, aunque en general se establece el carácter verbal del mismo, se exige su carácter escrito en casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, con la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Es, por su parte, el artículo 9.2 de la Ley el que recoge los supuestos en los que estos tratamientos pueden llevarse a cabo sin contar con el consentimiento del paciente: “a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”. Ahora bien, la redacción de esta última circunstancia, al utilizar la expresión “no es posible”, plantea dudas a la doctrina, pues entienden que puede interpretarse tanto como que no es posible convencer al enfermo de que otorgue el consentimiento, como que el mismo está incapacitado física o psíquicamente para otorgarlo, pues solamente en este último caso tendría sentido esta excepción, en atención, por ejemplo, a la objeción de conciencia que, como en puntos siguientes veremos, han mantenido los Testigos de Jehová.

⁹ Suárez Pertierra, G., Souto Galván, E., Ciaurriz Labiano, M^a.J., Regueiro García, M^a.T., Rodríguez Moya, A., Ariza Robles, A., Pérez Álvarez, S. y Pelayo Olmedo, D. (2016). *Manual Derecho Eclesiástico del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 157.

¹⁰ Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Como complemento a la referida Ley, respecto a los aspectos deontológicos es destacable el punto 3 de la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (AMM)¹¹, que establece el derecho a la autodeterminación de los pacientes, y los artículos 9.1, 12.1 y 12.2 del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial (OMC)¹², que exigen el respeto del médico por las decisiones de un paciente responsable e informado.

Lo cierto es que estamos ante una figura abordada tanto por instrumentos nacionales como internacionales, y con importantes hitos en su evolución fuera de nuestras fronteras. Por ello mismo, y pese a no poder ser efectuado en este punto ni un simple resumen de la problemática del consentimiento informado en Estados Unidos (EE.UU), se estima imprescindible, debido a su importancia, hacer una breve referencia a los estudios de la doctrina española que han abordado la situación en este país, especialmente en supuestos en los que existen relaciones de especial sujeción, pues, como bien indica TOMÁS-VALIENTE LANUZA¹³, antes de que en España diferentes sentencias lo consideraran como un derecho fundamental, el respeto a la autonomía del paciente en la toma de decisiones relativas al tratamiento de su enfermedad ya se reconocía en el sistema americano a través de la idea del consentimiento informado del enfermo, con larga tradición en el *common law*. En concreto, conviene destacar que en EE.UU. se reconoce el derecho a rechazar tratamientos médicos incluso en caso de pacientes incompetentes. De hecho, se ha permitido en casos de sujetos profundamente retrasados desde su nacimiento, en estado vegetativo permanente, o comatoso entre muchos otros, al estimar que el paciente conservaría el derecho a rechazar las medidas terapéuticas, atribuyendo al enfermo incompetente los mismos derechos a la autodeterminación y a la privacidad que se hallan en la base de aquél, puesto que la mayoría de sentencias han entendido que la privación de la posibilidad de rechazar estos tratamientos supondría violar la exigencia constitucional de igualdad de trato¹⁴.

Parece que, como se concluirá, en el fondo de la cuestión subyace la disputa paternalista; concepto confuso y discutido por lo doctrina y que TOMÁS-VALIENTE LANUZA¹⁵ conceptualiza, siguiendo a DWORKIN, cómo “la interferencia con la libertad de acción de una persona justificada por razones referidas únicamente al bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores de la persona a la que se coacciona”,

¹¹ Asociación Médica Mundial (1981). Declaración sobre los derechos del paciente. Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial, Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General, Bali, Indonesia, Septiembre 1995.

¹² Organización Médica Colegial española (OMC), Comisión Central de Ética y Deontología, Derecho Médico y Visado. *Código de Ética y Deontología Médica de 1999*. Madrid, 10 de septiembre de 1999.

¹³ Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 178-179.

¹⁴ Tomás-Valiente Lanuza refiere a diferentes resoluciones en las que se ha reconocido este derecho en esta variedad de supuestos de incompetencia. Respecto a los retrasos mentales desde el nacimiento, consultar pie de página 67, sobre los estados vegetativos, pie de página 68, y sobre los comatosos, pie de página 69. Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 67-69.

¹⁵ Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 16. Concretamente, esta autora realiza una brillante aproximación al paternalismo, abordando sus caracteres principales. Al respecto, consultar: pp. 15-72.

puesto que, en definitiva, lo que se discute es la legitimidad de imponer un tratamiento en contra de la voluntad manifiesta de los sujetos. Y, en este sentido, conforme con la citada autora, la medida paternalista es, por definición, contraria a la voluntad del sujeto cuyo beneficio se pretende, por lo que consiste siempre en una imposición¹⁶. No obstante, se debería partir de la diferenciación del supuesto concreto en el que se esté, de modo que, en general, se refuta el paternalismo fuerte, esto es, el ejercido sobre sujetos competentes, mientras que se apuesta por un paternalismo débil¹⁷, que legitime el tratamiento exclusivamente en casos de sujetos incompetentes, especialmente teniendo en cuenta que la regulación del CP respecto a las medidas de seguridad a aplicar en sujetos inimputables valida este enfoque, siempre que, en cualquier caso, se respeten los requisitos de competencia, racionalidad y proporcionalidad. Así pues, aunque el derecho de las personas a no consentir la imposición de medidas terapéuticas sobre su cuerpo se encuentra reconocido en el derecho a la integridad física del artículo 15 de la Constitución Española (en adelante CE)¹⁸, como a continuación se detallará, la defensa de valores absolutos no casa bien con la estructura de nuestro sistema, por lo que la propuesta del presente estudio agrupa la postura paternalista y autonomista en función de las circunstancias particulares de cada supuesto.

2. CONSENTIMIENTO GENERAL ANTE LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS

Como en la introducción se destacó, en las relaciones sanitarias rige con fuerza el principio de la autonomía de la voluntad del paciente, puesto que, de acuerdo con el artículo 10 de la CE, el paciente ha de consentir de forma imprescindible la intervención médica propuesta, y puede rechazar este tratamiento incluso cuando con esta negativa se pueda poner en peligro su vida. De hecho, TOMÁS-VALIENTE LANUZA¹⁹ considera que este rechazo se configura como un derecho fundamental integrante del derecho a la integridad física que regula el artículo 15.1 de la CE. En cualquier caso, el derecho a rechazar el tratamiento encuentra acomodo específico, actualmente, en la LAP²⁰, que en su artículo 2.4 destaca, entre sus principios informadores, que “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley”; rechazo en cualquier caso condicionado a la alta voluntaria, conforme con el artículo 21 de esta misma ley.

No obstante, como ya de entrada se entrevé, se está ante una regulación parca de esta negativa a someterse al tratamiento, motivo por el cual respecto a los

¹⁶ Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 21.

¹⁷ De hecho, TOMÁS-VALIENTE LANUZA recuerda como en la obra del propio MILL se entrevé una clara apuesta por el paternalismo débil. Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 25, pie de página 68.

¹⁸ En línea con Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 344.

¹⁹ Tomás-Valiente Lanuza, C. (2000). *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*. Tirant lo blanch, Valencia, 36- 37; de la misma: (1999). Op. Cit., 329-330.

²⁰ En todo caso, conviene precisar que antes de esta ley era en la Ley General de Sanidad, concretamente en su artículo 10.9, donde se regulaba la posibilidad de este rechazo. De hecho, la LAP constituye la adaptación de la normativa española a las directrices derivadas del Convenio de Oviedo. Referencias: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

requisitos y límites en el ejercicio de este derecho se debe acudir a la regulación general de los tratamientos médicos; concretamente, a la regulación del consentimiento informado²¹, imprescindible, de acuerdo con los artículos 2.4 y 8.1 de la LAP, para realizar cualquier intervención sobre una persona capaz, por lo que se debe respetar la voluntad del paciente de no someterse al tratamiento. Y esta previsión, como era imaginable, ha comportado múltiples controversias, entre ellas la originada por el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová.

Aunque efectuar en este punto un análisis en profundidad de la compleja polémica que estos supuestos desencadenaron desborda el objeto del presente estudio, conviene destacar que, si bien tradicionalmente el Tribunal Supremo (en adelante, TS) manifestó en esta problemática que la voluntad, libre y voluntaria del paciente, debía ser siempre respetada, en base al derecho a la autonomía de la voluntad, junto con la libertad religiosa e ideológica²², esta respuesta se fue matizando, como se observa en la sentencia de 27 de julio de 1997, en la que el TS limitó el derecho a rechazar tratamientos, partiendo de que la libertad de conciencia y de religión no es absoluta e incondicionada. De hecho, como TOMÁS-VALIENTE LANUZA²³ precisa, enfocar el problema del rechazo de tratamientos médicos desde la óptica exclusiva de la libertad religiosa y de la libertad de conciencia resulta distorsionador, superado en gran parte, e insuficiente en gran medida. Al final, parece que, el hecho de que el motivo que fundamenta esta negativa a someterse a un tratamiento sea o no religioso, no tendría que gozar de tanta relevancia. OJEDA RIVERO²⁴ se pronuncia al respecto (concretamente, en relación con los casos de rechazo de tratamiento por parte de menores de edad), y entiende que no se puede decidir el respeto o no de la voluntad de estos simplemente en base al valor que se otorga a priori a su vida (que depende en gran medida de las convicciones morales de cada persona), sino considerando las razones por las que efectúan esta decisión, e incorporándolas a nuestro juicio y respetándolas solamente si resultan válidas desde una perspectiva imparcial.

En cualquier caso, conviene recordar que la regla general del consentimiento informado que impera en problemática de los rechazos al tratamiento tiene claras excepciones conforme al artículo 9.2 de la misma LAP; de forma indicativa, se regulan dos supuestos en los cuales los facultativos podrían llevar a cabo una intervención médica en contra de la voluntad del enfermo: cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho al mismo.

²¹ García Amez, J. (2011). Rechazo al tratamiento y riesgos para la vida del paciente. *DS: Derecho y salud*, Vol. 21, Nº 1, 87.

²² Entre ellas destaca, por ejemplo, la STS de 14 de abril de 1993.

²³ Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). *Op. Cit.*, 346-350.

²⁴ Ojeda Rivero, R. (2015). El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo. *InDret*, 3/2015.

Como apunte, solamente cabe reseñar una controversia más al respecto, como son las limitaciones de los métodos para evaluar de manera objetiva la capacidad de las personas para dar su consentimiento al tratamiento médico²⁵, centrados en el análisis de cuatro funciones cognitivas básicas: la comprensión de la información proporcionada, la apreciación de la situación en la que se encuentra y las consecuencias de su elección, el manejo de forma racional de los datos de los que se dispone y la capacidad de comunicar su elección. Y, aunque estas herramientas se han mostrado útiles para valorar los déficits cognitivos de, por ejemplo, personas con esquizofrenia o alzhéimer, no son útiles, en cambio, para valorar si la persona en cuestión ha adquirido madurez suficiente para actuar con plena autonomía, puesto que estos test no permiten valorar la agencia moral de los sujetos; esto es, la capacidad para actuar sobre la base de razones normativas²⁶.

3. CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

3.1. Como tratamiento en imputables

El tratamiento en el ámbito penitenciario tiene una serie de especialidades en atención a la relación de especial sujeción de los internos con la Administración, pues, conforme con el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP)²⁷, la Administración penitenciaria debe velar por la vida, integridad y salud de los internos; obligación, en todo caso, desarrollada por el Reglamento Penitenciario (en adelante RP). En general, se debe partir del consentimiento informado del interno, derivado del derecho a la autonomía del paciente, puesto que, conforme al artículo 3.1 de la LOGP, los internos pueden seguir ejercitando los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que sean incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena. Por lo tanto, en el ámbito penitenciario las normas generales de la LAP están completamente vigentes, de modo que los reclusos pueden negarse a recibir cualquier tipo de tratamiento, incluso aquellos que tienen por finalidad hacer frente a un peligro inminente para su vida.

No se debe olvidar que los presos son individuos autónomos, y, entre los derechos garantizados por el artículo 3.1 de la LOGP, destaca el derecho al consentimiento informado, imprescindible teniendo en cuenta que es el mayor cauce

²⁵ Métodos desarrollados a finales de la década de los años setenta, y principios de los ochenta, con Appelbaum y Grisso como mayores exponentes, constituyendo los últimos trabajos de estos autores la base de uno de los tests para la evaluación de la capacidad más aceptados hoy en día: el MacArthur Competence Assessment Tool. Al respecto, consultar: Appelbaum, P.S. (2007). Assessment of patients' competence to consent to treatment. *New England Journal of Medicine*, vol. 357, nº 18, 1834-1840; Grisso, T. y Appelbaum, P.S. (1998). *Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. Oxford University Press, New York.

²⁶ Ojeda Rivero, R. (2015). Op. Cit., 9-10.

²⁷ Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

de expresión de libertad individual de las personas al afectar al propio cuerpo, salud y vida. De hecho, los tratamientos coactivos admisibles se encuentran legalmente tasados por la legislación sanitaria, pudiendo llegar a constituir un delito la imposición por la fuerza de una terapia contra la voluntad del interesado fuera de los casos autorizados por la LAP²⁸. Concretamente, la legislación penitenciaria rechaza incluir el tratamiento entre los deberes de los internos²⁹ y garantiza reglamentariamente su libertad para refutar o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que de su negativa hayan de desprenderse consecuencias disciplinarias ni de regresión de grado³⁰. No en balde, resulta interesante precisar, respecto a la información y resultados derivados del análisis del genoma individual, que su archivo y utilización, teniendo en cuenta los peligros de su uso, deberían someterse a la dispersa normativa internacional, europea, estatal y autonómica sobre la materia, basada en los principios de calidad de los datos, transparencia, consentimiento y seguridad, en aras de evitar abusos y usos indebidos³¹; principios que se estiman de deberían aplicarse, asimismo, a los datos derivados, por ejemplo, de los estudios de neuroimagen.

Dejando a un lado estas precisiones, y adentrándonos en las peculiaridades de la condición penitenciaria en concreto, se debe atender al artículo 210 del RP, que regula la asistencia sanitaria en casos de urgencia vital. Y es precisamente en este punto donde el RP incorpora una especialidad con respecto a la LAP anteriormente vista, puesto que se consiente que la administración limite el derecho a la autonomía de los presos, teniendo en cuenta que se permite 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. Además, se regula otro supuesto en el que se restringe este derecho de rechazo del tratamiento, puesto que se consiente, de igual modo, que la intervención médico-sanitaria se realice sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas, si bien como garantía se obliga a dar conocimiento a la Autoridad judicial de todas estas actuaciones (en concreto, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria); control, en cualquier caso, *a posteriori*. Por último, en el tercer apartado del mismo artículo se regula el internamiento forzoso en centros sanitarios, y se establece que, cuando por orden del facultativo este ingreso sea necesario y no se cuente con la autorización del paciente, la Administración Penitenciaria debe solicitar de la Autoridad judicial competente, esto es, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la

²⁸ Art. 9.2 LAP.

²⁹ Art. 4.2 LOGP.

³⁰ Art. 112.3 RP.

³¹ Entre otros, consultar: Romeo Casabona, C.M. (1997). Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles. *Estudios de Derecho Judicial*, nº7, 1, 305 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, A. (2003). Las relaciones entre la Bioética y el Derecho. Sus repercusiones para la genética humana. Romeo Casabona, C.M. (Ed.) *Genética y Derecho*. Astrea, 24 y ss.; Sola Reche, E. (2003). La protección penal de los datos personales genéticos en el Derecho español. Romeo Casabona, C.M. (Ed.) *Genética y Derecho*. Astrea, 201 y ss.; García Amez, J. (2006). La protección de los datos genéticos en España. Un análisis desde los principios generales y protección de datos de carácter personal. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 24, 29 y ss.

autorización del ingreso de detenidos, presos o penados en un centro hospitalario, salvo en caso de urgencia en que la comunicación a dicha Autoridad se hará posteriormente de forma inmediata.

Nos encontramos ante una previsión que, de acuerdo con TOMÁS-VALIENTE LANUZA³², sería inconstitucional, teniendo en cuenta que carece de la base legal suficiente para imponer la obligación que recoge de actuar en contra del consentimiento del paciente recluso. Entre los diferentes motivos señalados por la autora conviene destacar, desde un punto de vista formal, el difícil entendimiento de que una limitación tan clara de los derechos fundamentales del interno en cuanto paciente pueda ser autorizada por una norma que ni siquiera reviste el carácter de ley. Además, desde el punto de vista material, el rechazo del tratamiento como derecho fundamental no puede articularse simplemente sobre la condición de recluso del paciente y su supuesta relación especial de sujeción con la Administración Penitenciaria. En último lugar, estos problemas tampoco se ven solucionados por la alusión a la autorización judicial “cuando ello fuese preciso”, puesto que, teniendo en cuenta que siempre que el interno enfermo rechaza un tratamiento médico están en juego sus derechos fundamentales, no llega a comprenderse cuál puede ser el criterio para dirimir la necesidad de tal autorización. Y, en todo caso, este permiso judicial resultaría irrelevante, ya que la imposición de un tratamiento no consentido supone una vulneración de los derechos del recluso no justificada constitucionalmente. En igual sentido, otros autores, denuncian el difícil acomodo legal de esta previsión en el seno de la LOGP, pues esta norma solamente prevé la obligación general de que la Administración Penitenciaria garantice la Salud de los internos, pero no legitimaría la obligación de actuar aún en contra, o careciendo del consentimiento informado del interno, para salvaguardar su salud, por lo que sería contrario a lo dispuesto en la LAP; en concreto, en virtud del artículo 8.1, que requiere el consentimiento informado del paciente en toda intervención que se lleve a cabo sobre su salud³³.

No se debe olvidar que las famosas huelgas de hambre (que tradicionalmente protagonizaron los internos miembros del GRAPO y de ETA) han sido una de las controversias con mayor repercusión en el ámbito de la posibilidad de aplicación forzada de tratamientos médicos a reclusos. Sobre todas estas cuestiones se pronuncia TOMÁS-VALIENTE LANUZA³⁴, recogiendo la conocida sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1990, de 27 de junio, la cual, si bien proclamó un derecho constitucional a rechazar tratamientos médicos, entendió que el citado derecho no ampararía las huelgas de hambre penitenciarias con las que se persiguiera una finalidad ilegítima. Concretamente, el Tribunal recurrió de nuevo a la relación de especial sujeción y al artículo 3.4 de la LOGP para declarar constitucional la alimentación forzada de los presos, al entender que la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial objeto del recurso de amparo no vulneraba ninguno de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, ni en sí misma, ni en la forma y alcance que había sido autorizada, por lo que tan sólo

³² Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 498.

³³ García Amez, J. (2011). Op. Cit., 93.

³⁴ Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 328-343.

constituían una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el art. 15 de la CE; y unida ineludiblemente a ella una restricción de la libertad física, justificada en la necesidad de preservar el bien de la vida humana, constitucionalmente protegido, y que se realiza mediante un ponderado juicio de proporcionalidad, en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación que se hallan aquellos respecto de los cuales se autoriza. Un derecho que, en cualquier caso, TOMÁS-VALIENTE LANUZA concibe como elemento constitutivo de la integridad física del artículo 15 de la CE, y que configura como un derivado del respeto al derecho a la integridad corporal. Con todo, se trata esta de una sentencia extremadamente discutida, puesto que la misma contó con un voto particular en el que los magistrados firmantes declararon de forma expresa que la obligación de la Administración de velar por la vida y salud de los internos no puede ser entendida como justificativa de la imposición de límites adicionales a los derechos fundamentales de los reclusos, que, en relación con su vida y salud, deben ser los mismos que los de cualquier otra persona en libertad, por lo que no puede ser condicionado el modo de actuación de la Administración con la legitimidad de los objetivos perseguidos por los huelguistas³⁵.

Así pues, se entiende que, en general, en sujetos imputables, cualquier tipo de tratamiento, y entre estos tratamientos se incluyen, por ejemplo, las terapias psicológicas, deben contar con el consentimiento de los presos. De hecho, según TOMÁS-VALIENTE LANUZA³⁶, nuestro ordenamiento no castiga al que respeta una negativa al tratamiento, sino que es precisamente la conducta opuesta, esto es, imponer el tratamiento en contra de la voluntad, la que podría castigarse por un delito de coacciones, no pudiéndose aplicar, en tales supuestos, las causas de justificación de estado de necesidad (art. 20.5 CP) o cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP).

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la LAP reconoce el derecho a rechazar los tratamientos médicos con independencia de la situación personal de los pacientes, se debería garantizar el derecho de todo interno a decidir si quiere o no recibir un tratamiento, en condiciones de igualdad con las personas no privadas de libertad. Los presos son personas especialmente vulnerables, y se debe garantizar la voluntariedad de estos al prestar su consentimiento informado, exigiendo a los poderes públicos que se arbitren todos los medios posibles para que este derecho de los enfermos presos sea ejercido en similares condiciones a como lo hacen las personas en libertad, cumpliendo con ello el artículo 25.2 de la CE, y el artículo 3 de la LOGP³⁷. Como TOMÁS-VALIENTE LANUZA³⁸ recordaba respecto a la antigua y ambigua relación de la regulación de los artículos 10.6 c)³⁹ y 10.9⁴⁰ de la Ley General de Sanidad

³⁵ Al respecto, consultar el voto particular de los magistrados Rodríguez-Piñero y Leguina Villa.

³⁶ Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 499-526.

³⁷ García Guerrero, J. (2013). Op. Cit., 76.

³⁸ Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 495-496.

³⁹ El cual exceptuaba la necesidad del consentimiento informado cuando la urgencia no permitiera demoras por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

⁴⁰ Que indica que el paciente tiene derecho a negarse al tratamiento salvo en los casos señalados en el apartado 6.

(en adelante LGS), si la intención del legislador hubiera sido la de privar de toda eficacia jurídica a la oposición del paciente al tratamiento cuando con ello pusiera en peligro su vida, no se comprende entonces por qué una previsión en principio tan simple se habría articulado de un modo tan confuso, con referencias a la situación de urgencia y a las demoras en el tiempo. Además, el reconocimiento de esta posibilidad del paciente es la única interpretación conforme con la CE, tanto desde un punto de vista material como formal.

En síntesis, se está ante un terreno verdaderamente complejo, y en supuestos de personas completamente imputables, a las que no se ha apreciado ninguna circunstancia eximente de responsabilidad, se entiende que, como GARCÍA ARÁN⁴¹ destaca en supuestos de delincuencia sexual, cualquier tipo de tratamiento médico debería aplicarse solamente si se contase con el consentimiento informado del condenado, teniendo en cuenta que la intervención directa sobre el cuerpo y la salud realizada de manera coactiva atenta contra la dignidad humana. No obstante, en el terreno penitenciario este consentimiento es dudoso, teniendo en cuenta que en ocasiones la renuncia por parte del sujeto a esta opción conlleva un endurecimiento de su situación penitenciaria. En todo caso, y admitiendo que el consentimiento suele estar rodeado de múltiples condicionantes, aquí ya no se trata tanto de la “perfección formal” del consentimiento, sino de la eficacia del tratamiento, y en aquello en lo que existe acuerdo es en que, especialmente en trastornos mentales, este tipo de actuaciones difícilmente podrán ser efectivas si el afectado no está convencido de su necesidad y oportunidad. En este sentido, sería deseable que estos tratamientos se intentaran implantar en general con el consentimiento del sometido a tal medida, inclusive en los casos en los que se tratara de la aplicación de una medida de seguridad, en base a una intervención integral.

3.2. Como contenido de la medida de seguridad en inimputables y semiimputables

Una vez vista la regla general vigente en el ámbito sanitario, como es la conformidad del enfermo respecto a una modificación que se efectúe en su organismo, y tras analizar las peculiaridades de intervención en el ámbito penitenciario, estimando algunos autores, como se entiende acertado, que la imposición de cualquier tratamiento en contra de la voluntad de los presos no podría justificarse, se procede en este punto a analizar la respuesta a dispensar cuando estos planes terapéuticos forman parte del contenido de una medida de seguridad. Siguiendo a TOMÁS-VALIENTE LANUZA⁴², es posible defender determinado paternalismo jurídico en base a 3 factores centrales: la competencia, la racionalidad y la proporcionalidad; principios basados en la concepción de bienestar que limita el principio de autonomía, teniendo en cuenta que los criterios de bienestar que

⁴¹ García Arán, M. (2009). Consideraciones sobre la respuesta penal ante la delincuencia sexual. *Ponencia en “¿Qué hacer con los agresores sexuales reincidentes?”*. Fundació Víctor Grífols i Lucas, 17-18.

⁴² Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 64-65.

realmente se emplean al hacer juicios morales son objetivos⁴³. Y, precisamente gracias a esta concepción objetiva del bienestar, es factible afrontar los problemas planteados por personas incompetentes al negarse a estos tratamientos, puesto que la percepción de la vida y la salud como bienes objetivos permite justificar el impedimento coercitivo de estos comportamientos, en base a un paternalismo débil⁴⁴.

Tratamientos como los psicofármacos plantean difíciles soluciones jurídicas, en cuanto pueden suponer modificaciones sustanciales de la conducta y de la personalidad de las personas. Y, si bien esto es así, ante trastornos mentales graves, se debería reflexionar cómo será posible conseguir resultados positivos con la renuncia *ex ante* a cualquier tipo de tratamiento farmacológico. Debemos ser conscientes de que es muy diferente la apuesta por el uso de psicofármacos, que los rechazables procedimientos psicoquirúrgicos o las técnicas electroconvulsivas, especialmente porque en ocasiones la terapia psicológica resulta en algunos casos insuficiente.

A colación de lo dicho, y aunque no es posible por razones de espacio realizar un análisis de la compleja y variada respuesta a estos casos en la doctrina y jurisprudencia estadounidense, conviene señalar algunos pronunciamientos interesantes respecto a los tratamientos que conllevan un cambio en la mente de los individuos, estimando autores como FREDMAN y RADDEN que los delincuentes tendrían derecho a rechazarlo en base a la quinta enmienda. En este sentido, algunos autores apuntan que determinados fármacos experimentales y programas de tratamiento inestables supondrían un castigo cruel e inusual, puesto que, como BASSMAN⁴⁵ afirma: *“la libertad de tomar malas decisiones es un privilegio que se le niega a la persona que tiene la etiqueta enfermos mentales”*. Lo cierto es que la obligatoriedad de suministrar medicamentos experimentales para el tratamiento médico fue abordada en el caso *Washington v. Harper*⁴⁶, en el que se debatió acerca de la controvertida medicación antipsicótica suministrada obligatoriamente al acusado, la cual le ocasionó numerosos efectos colaterales. Ante esto, Harper demandó al estado de Washington por violación del debido proceso, pero la Corte Suprema declaró que el Estado puede administrar medicación antipsicótica siempre que la misma sea necesaria por encontrarnos ante sujeto peligroso y eficaz para la promoción de un importante interés del estado. No obstante, la conocida Asociación Estadounidense de Psiquiatría (*American Psychiatric Association*, o APA) presentó un *amicus brief*⁴⁷ en el que denunciaba que la medicación forzada del preso violó el debido proceso, la igualdad de protección, y las cláusulas de libre expresión de la Constitución de los Estados Unidos; dictamen que el tribunal desatendió. No obstante, en *Riggins v. Nevada*⁴⁷, donde se discutía si una persona procesada podía ser obligada a tomar medicación antipsicótica mientras esperaba al juicio, la Corte Suprema entendió que la administración forzada de medicamentos antipsicóticos violaba sus derechos

⁴³ Siguiendo concretamente la postura de Scanlon. Op. Cit., 64.

⁴⁴ Op. Cit., 65.

⁴⁵ Bassman, R. (2005). Mental Illness and the Freedom to Refuse Treatment: Privilege or Right. *Professional Psychology: Research and Practice*, Vol. 36, No. 5, 408 y 491.

⁴⁶ *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990).

⁴⁷ *Riggins v. Nevada*, 504 U.S. 127 (1992).

garantizados por la Sexta y Decimocuarta Enmiendas, razonando que el medicamento en cuestión no sólo tenía que ser un medio adecuado para asegurar la competencia para juicio del sujeto, sino que también debía ser el medio menos intrusivo de los existentes para alcanzar el objetivo; aspecto que no cumplía. En todo caso, en los últimos años es destacable el caso *Sell v. United States*⁴⁸, en el que la Corte afirmó la constitucionalidad de obligar a un acusado con una enfermedad mental a tomar medicamentos psicoactivos con el fin de recuperar la capacidad para ser juzgado; decisión que ha servido para entender legítima esta medicación en otras circunstancias, como por ejemplo en casos de peligrosidad⁴⁹.

De hecho, el eje central de cualquier consideración del paternalismo ha de ser, siguiendo a TOMÁS-VALIENTE LANUZA, el de la competencia del sujeto que amenaza con causarse un daño a sí mismo o a los demás. Y, no se debería desconocer que, en los casos en los que es apreciada la eximente de anomalía o alteración psíquica, el sujeto en cuestión ha sido procesado por una actuación delictiva, de forma que, ante la negativa en cuestión del sujeto a recibir algún tipo de tratamiento o terapia, su trastorno mental se intensifica. No en balde, de forma general la totalidad de filósofos que se han ocupado de estos casos legitiman las intervenciones beneficiantes dirigidas a evitar estos perjuicios cuando en la persona en concreto concurren uno o varios factores que impiden considerar su decisión como expresión de la autonomía individual, por lo que en esos casos la intervención paternalista no se considera como una violación de esta última, sino como un intento de preservarla para el futuro. Sin embargo, esta facultad no es ilimitada, puesto que la caracterización de un sujeto incompetente no legitima cualquier forma de impedir el daño en cuestión; desde una perspectiva ética, siempre ha de optarse por la alternativa menos restrictiva de entre las posibles, teniendo especialmente en cuenta que las intervenciones paternalistas pueden ser causa de dolor, sufrimiento e incapacidad⁵⁰. La imposición de un plan de actuación está justificada en cuanto redunde en el propio beneficio a la salud del afectado y sea el menos invasivo de los disponibles, como seguidamente se abordará.

Nuevamente TOMÁS-VALIENTE LANUZA⁵¹ aborda determinadas situaciones en las que los límites de esta competencia plantean dificultades, como por ejemplo cuando es la eximente incompleta la apreciada por el consumo de drogas. Como es sabido por todos, el consumo de drogas crea una fuerte dependencia física y psíquica, y, entre las múltiples controversias existentes al respecto, se procede a reflexionar sobre la idoneidad de la desintoxicación forzosa. Pues bien, según esta autora, la exclusión de esta medida del ámbito del paternalismo legítimo se podría argumentar de dos modos: el primero de ellos consistiría en rechazar este internamiento por ser exponente de un paternalismo fuerte e incompatible con el derecho a la autonomía de los afectados, entendiendo algunos autores que, aunque el consumo de droga convertiría al sujeto en no autónomo respecto de la decisión de este consumo,

⁴⁸ *Sell v. United States*, 539 U.S. 166 (2003).

⁴⁹ Freedman, A.M. y Radden, J. (2006). Judicial Uses of Forced Psychotropic Medication. *International Journal of Mental Health*, Vol. 35, No. 1, 3-11.

⁵⁰ Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 66.

⁵¹ Op. Cit., 67.

faltando por tanto la llamada “autonomía de primer orden”, el mismo si conservaría, en cambio, la llamada “autonomía de segundo orden”, dado que optaría de forma libre por no someterse a un plan de deshabituación, por lo que la imposición de este tratamiento a la fuerza constituiría una especie de ejercicio de perfeccionismo coercitivo incompatible con un Estado liberal. En cualquier caso, como esta misma autora precisa (postura que actualmente validan los estudios de neuroimagen⁵²), si bien es cierto que en ocasiones el consumo de drogas puede formar parte de un plan de vida libremente elegido, no cabe la menor duda que el uso continuado de estas sustancias afecta muy seriamente las capacidades del adicto, por lo que su grado de autonomía para decidir sobre su consumo queda en entredicho, encontrándonos ante una situación fronteriza con la incompetencia. Pero, inclusive en casos como estos, con un claro déficit de capacidad, que se puede extender a los supuestos en los que es apreciada la eximente incompleta, ya sea debido a la circunstancia prevista en el punto primero o en el segundo del artículo 20 CP, la intervención paternalista debería ser proporcionada en base al grado de invasión en los derechos del protegido. Y, particularmente en estos casos, el tratamiento forzoso de deshabituación supondría una privación inadmisibles de muchos derechos fundamentales. No obstante, se entiende, en línea con TOMÁS-VALIENTE LANUZA⁵³, que aunque algunos autores no admiten más intervenciones paternalistas que las dirigidas a proteger al sujeto de su propia incompetencia, los cimientos del Estado liberal también serían compatibles con un paternalismo fuerte encaminado a evitar a individuos competentes los daños graves de los que pueden ser víctimas por mor de sus decisiones irracionales. Asimismo, conviene apuntar que diferentes estudios, tanto en Estados Unidos⁵⁴ como en el continente europeo⁵⁵, destacan que el tratamiento obligatorio es tan eficaz como el tratamiento voluntario en la reducción de la delincuencia. En cualquier caso, la admisibilidad de este paternalismo fuerte que, en supuestos de racionalidad disminuida se defiende, no podría formularse con carácter general para todo tipo de situaciones, abogando por el casuismo imprescindible en cualquier conflicto ético o jurídico que requiere la valoración de los diferentes intereses en juego.

Asimismo, aunque la Ley de Autonomía del Paciente defiende la voluntariedad de los tratamientos, lo cierto es que cuando apreciamos una eximente completa de anomalía o alteración psíquica, de forma general, y siempre que el tratamiento farmacológico fuese aprobado, del contenido del art. 101 CP se desprende que debería ser obligatorio, puesto que esa es la única razón para internarle. Concretamente, en su primer apartado este artículo refiere que “al sujeto que sea declarado exento de

⁵² Verdejo-García, A., Pérez-García, M., Sánchez-Barrera, M., Rodríguez-Fernández, A. y Gómez-Río, M. (2007). Neuroimagen y drogodependencias: correlatos neuroanatómicos del consumo de cocaína, opiáceos, cannabis y éxtasis. *Rev Neurol* 44 (7): 432-439.

⁵³ Op. Cit., 68 y 72.

⁵⁴ Kuehn, Bridget M. (2007). Mental Health courts show promise. *Journal of the American Medical Association*, 297, 1641-1643.

⁵⁵ Schaub, M., Stevens, A., Berto, B., Hunt, N., Kersch, V., McSweeney, T., Oeuvray, K., Puppo, I., Santa Maria, A., Trinkl, B., Werdenich, W. y Uchtenhagen, A. (2010). Comparing outcomes of “voluntary” and “quasi-compulsory” treatment of substance abuse dependence in Europe. *European Addiction Research*, 16-53-60.

responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96”, estableciendo en su segundo punto que “el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código”. En efecto, el CP deja poco margen para que estas personas puedan negarse a recibir un tratamiento médico, puesto que el mismo es el que fundamenta la imposición de esta medida, en base a un déficit en su capacidad cognitiva que autorizaría esta medida paternalista. En todo caso, encontramos un deficiente y limitada regulación de la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad tanto en el CP como en el RP⁵⁶ que en años posteriores debería ser concretada.

Con independencia de lo dicho, conviene tener presente, de acuerdo con CERVELLÓ DONDERIS, que el carácter forzoso del internamiento no supone una autorización genérica para el tratamiento involuntario, debiendo contar el mismo con la autorización judicial concreta y expresa cuando proceda. De hecho, en su XIII Reunión, los jueces de vigilancia penitenciaria afirmaron su competencia para la autorización de estos tratamientos forzosos en los supuestos legales, si bien no invocaron ningún precepto legal; y no olvidemos que el art. 201 del RP contempla la necesaria dación de cuenta a la autoridad judicial en caso de intervención no consentida, sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando fuese necesario. No en balde, desde hace décadas la psiquiatría cuestiona la consideración tradicional de los enfermos mentales como incapaces absolutos, apostando por su responsabilidad. De todos modos, si bien en el caso de que los sujetos no puedan entender ni emitir un juicio, son los familiares los que deben sustituir esta falta de consentimiento, existen situaciones más complejas, como por ejemplo los casos en los que el interno rechaza el tratamiento indicado que previamente ha sido aprobado por sus familiares, ya que, a pesar de padecer un

⁵⁶ Interesa destacar, por ejemplo, el art. 185.2 RP cuando establece que: “La Administración Penitenciaria solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento psiquiátrico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental.” o el 189, que, respecto a las actividades rehabilitadoras, destaca que “Con el fin de incrementar las posibilidades de desinstitutionalización de la población internada y facilitar su vuelta al medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos, en los Establecimientos o Unidades se establecerá, con soporte escrito una programación general de actividades rehabilitadoras, así como programas individuales de rehabilitación para cada paciente, no debiendo limitarse la aplicación de estas medidas a quienes presenten mayores posibilidades de reinserción laboral o social, sino abarcando también a aquellos que, aun teniendo más dificultades para su reinserción puedan, no obstante, mejorar, mediante la aplicación de los correspondientes tratamientos, aspectos tales como la autonomía personal y la integración social”.

trastorno, pueden tener capacidad suficiente para consentir⁵⁷, siendo al final el órgano judicial el que debe decidir.

4. REFLEXIONES FINALES

Uno de los requisitos imprescindibles del consentimiento informado es la capacidad de los sujetos, cualidad que debe ser evaluada individualmente a la hora de solicitar el consentimiento informado, pues la misma está, sin duda alguna, estrechamente ligada a la salud mental. La competencia es la condición de las personas para comprender, tomar y transmitir decisiones racionales, y el consentimiento informado solamente es válido cuando el paciente es competente para comprender y aceptar los riesgos derivados del tratamiento en cuestión y no solamente cuando acepte estos riesgos. Por lo tanto, el consentimiento informado no es un derecho absoluto, y en casos de incapacidades para consentir, como en sujetos con trastornos mentales se advierte claramente, el mismo debe ser exceptuado⁵⁸. De hecho, conforme con el artículo 9.2 de la LAP, relativo a los límites del consentimiento informado, es legítimo un tratamiento médico en contra de la voluntad de un paciente en casos de riesgo para la salud pública y cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Por ende, en supuestos de déficits en la capacidad cognitiva de los sujetos, en los que se aprecia la existencia de anomalía o alteración psíquica, la imposición de este tratamiento estaría justificada. En efecto, la misma TOMÁS-VALIENTE LANUZA⁵⁹ acude a la incompetencia en casos de falta de capacidad cognitiva del sujeto para legitimar un paternalismo suave en el campo de la disposición de la propia vida.

Nos encontramos ante un terreno pantanoso en el que se debe proceder con precaución, y en aquellos sujetos en los que es apreciada la existencia de anomalía o alteración psíquica parece que el tratamiento farmacológico es en algunos casos indispensable, teniendo en cuenta la gravedad que el trastorno requiere para que esta existencia sea adoptada, si bien estas intervenciones sólo podrían legitimarse en caso de que fueran seguras y eficaces. Cuestión distinta sería su administración en caso de estimarse la medida de seguridad de libertad vigilada en sujetos imputables tras la pena de prisión, o en casos de delinquentes sexuales en los que se prevé la participación en programas de educación sexual, donde este tratamiento sería voluntario. Además, en este primer supuesto se debe cuestionar la utilidad de esta medida teniendo en cuenta que, tras una pena privativa de libertad superior a quince años, los prejuicios producidos son tales que el sujeto se transforma en un ser irrecuperable para la vida en sociedad⁶⁰. Finalmente, conviene añadir que, en todo

⁵⁷ Romeo Casabona, C.M. (1991). El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el derecho español. *Actualidad Penal*, 339-340, 36.

⁵⁸ García Guerrero, J. (2013). Op. Cit., 76-78.

⁵⁹ Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). Op. Cit., 83.

⁶⁰ Sánchez Lázaro, R.P. (2006). Op. Cit., 144.

caso, el tratamiento con, por ejemplo, psicofármacos, tendría que ser parte de un tratamiento integral del trastorno en cuestión, que contara con un plan individualizado que tuviera en cuenta la psicoterapia en un enfoque multidisciplinar orientado a la reinserción del sujeto en la sociedad.

En definitiva, la ejecución de las medidas penales se determina por el carácter asistencial de los centros penitenciarios, uno de los fines primordiales de las instituciones penitenciarias, junto con los de reeducación y reinserción social, recogidos por el art. 1 de la LOGP. Y, concretamente la separación de los sujetos con enfermedades o deficiencias psíquicas es un derecho consagrado en el art. 16 de la misma ley, que contempla como establecimientos especiales, de acuerdo con su art. 11, los centros hospitalarios, los centros psiquiátricos, y los centros de rehabilitación social para la ejecución de medidas penales. En esta línea, la Recomendación REC (2004)¹⁰ del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental, destaca en su art. 34 que, conforme con la legislación penal, los tribunales pueden imponer internamientos o tratamientos para el trastorno mental en cuestión, consienta o no la medida la persona afectada. De hecho, en su segundo punto destaca que los tribunales deben resolver las cuestiones relativas a los internamientos o los tratamientos médicos para el trastorno mental con arreglo a los estándares médicos válidos y fiables, debiendo ser tratados los sujetos en un lugar apropiado a sus necesidades de salud.

Concluyendo, el tratamiento penitenciario, regulado en el Título III de la LOGP y en diferentes instrumentos internacionales, es indispensable en los internamientos psiquiátricos, teniendo en cuenta que la propia ejecución de las medidas privativas de libertad constituye en sí misma un tratamiento, fundamentalmente curativo, que debe respetar, en todo caso, un serie de principios⁶¹, como por ejemplo que sea un tratamiento individualizado, utilizándose para ello todos aquellos métodos disponibles (tanto psiquiátricos, médicos, psicológicos, o sociales) para garantizar el correcto abordaje de su patología, prestando asimismo especial atención a su evolución durante el cumplimiento de la condena. No obstante, parece que estas exigencias quedan en papel mojado ante la escasez de tratamientos en la praxis, más aún si tenemos en cuenta que el art. 71.1 del CP establece la subordinación del régimen al tratamiento. En efecto, junto a la LOGP, el RP establece la organización de la asistencia primaria y especializada en prisión, señalando que, cuando sea necesario, los tratamientos se pueden efectuar en centros dependientes de otras administraciones públicas no penitenciarias, si bien la regulación al respecto es totalmente imprecisa⁶² y, como era de esperar, los propósitos previstos no se han llevado a la práctica. Desafortunadamente, como los críticos destacan, los psiquiátricos penitenciarios no dejan de ser en la práctica una prisión, por lo que no parece que sean los centros más idóneos para cumplir con estos fines terapéuticos. Estamos ante una de las cuestiones

⁶¹ En este sentido, conviene destacar como el art. 59 del CP establece sus fines, mientras que el art. 62 marca los principios que ha de seguir.

⁶² Nistal Burón, J. (2012). El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Problemática que genera la escasa regulación al respecto. *Diario la Ley*, nº 7865.

más debatidas y controvertidas de las medidas de seguridad, teniendo en cuenta que los hospitales públicos estatales y provinciales podrían asumir a duras penas las responsabilidades en esta materia, especialmente por las funciones de custodia requeridas en estos casos. A decir verdad, con la entrada en vigor de la LGS en abril de 1986, y especialmente con su art. 20, se diseñó un nuevo modelo sanitario con grandes diferencias respecto a la situación vigente hasta el momento, puesto que se eliminaron los grandes centros psiquiátricos y se integró la salud mental y la asistencia psiquiátrica en el Sistema Nacional de Salud, equiparando, en definitiva, al enfermo mental con el resto de enfermos⁶³. Pese al innegable avance que esto constituyó, parece que esta integración todavía no se ha conseguido plenamente, especialmente en el terreno judicial; de hecho, muchos creen que la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general, simplemente no es posible en el caso de enfermos mentales internos en establecimientos penitenciarios⁶⁴.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Appelbaum, P.S. (2007). Assessment of patients' competence to consent to treatment. *New England Journal of Medicine*, vol. 357, nº 18, 1834-1840.
- Asociación Médica Mundial (1981). Declaración sobre los derechos del paciente. Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial, Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General, Bali, Indonesia, Septiembre 1995.
- Bassman, R. (2005). Mental Illness and the Freedom to Refuse Treatment: Privilege or Right. *Professional Psychology: Research and Practice*, Vol. 36, No. 5, 408 y 491.
- Beuchamp, T.L. y Childress, J.F. (2009). *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford, New York, 6ª ed., 99- 139.
- Cerezo Mir, J. (2004). *Curso de Derecho Penal español - Parte General (III). Teoría jurídica del delito*. Tecnos, Madrid, 103.
- Freedman, A.M. y Radden, J. (2006). Judicial Uses of Forced Psychotropic Medication. *International Journal of Mental Health*, Vol. 35, No. 1, 3-11.
- Fundación Abogacía Española (2012). Los enfermos mentales en el sistema penitenciario. Un análisis jurídico, 10.
- García Amez, J. (2006). La protección de los datos genéticos en España. Un análisis desde los principios generales y protección de datos de carácter personal. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 24, 29 y ss.

⁶³ Siguiendo las directrices de la Recomendación del Consejo de Europa de 1983 respecto a la protección de la salud mental, la cual recoge asimismo la doctrina del TEDH en el caso Winterwerp, e interpretando el art. 5.1 del CEDH, al afirmar que los pacientes con trastornos mentales tienen derecho a recibir asistencia y tratamiento adecuados, bajo las mismas condiciones éticas, científicas y ambientales que cualquier otro paciente. Romeo Casabona, C.M. (1991). Op. Cit., 339.

⁶⁴ Fundación Abogacía Española (2012). Los enfermos mentales en el sistema penitenciario. Un análisis jurídico, 10.

- García Amez, J. (2011). Rechazo al tratamiento y riesgos para la vida del paciente. *DS: Derecho y salud*, Vol. 21, Nº 1, 87.
- García Arán, M. (2009). Consideraciones sobre la respuesta penal ante la delincuencia sexual. *Ponencia en "¿Qué hacer con los agresores sexuales reincidentes?"*. Fundació Víctor Grífols i Lucas, 17-18.
- García Guerrero, J. (2010). Los presos como sujetos de investigación biomédica. *Cuad. Bioét.*, XXI, 185-198.
- García Guerrero, J. (2013). *Los derechos fundamentales: la vida, la igualdad y los derechos de libertad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 109-117.
- Grisso, T. y Appelbaum, P.S. (1998). *Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. Oxford University Press, New York.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2003). Las relaciones entre la Bioética y el Derecho. Sus repercusiones para la genética humana. *Romeo Casabona, C.M. (Ed.) Genética y Derecho. Astrea, 24 y ss.*
- Kuehn, Bridget M. (2007). Mental Health courts show promise. *Journal of the American Medical Association*, 297, 1641-1643.
- Mayoral, F. (2006). Destapando la caja de pandora: utilización de medidas coercitivas en psiquiatría. *Estudios de derecho judicial*, 92, 123 y ss.
- Nistal Burón, J. (2012). El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Problemática que genera la escasa regulación al respecto. *Diario la Ley*, nº 7865.
- Ojeda Rivero, R. (2015). El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo. *InDret*, 3/2015.
- Organización Médica Colegial española (OMC), Comisión Central de Ética y Deontología, Derecho Médico y Visado. *Código de Ética y Deontología Médica de 1999*. Madrid, 10 de septiembre de 1999.
- Romeo Casabona, C.M. (1991). El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el derecho español. *Actualidad Penal*, 339-340, 36.
- Romeo Casabona, C.M. (1994). *El Derecho y la Bioética ante los límites de la Vida Humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 432.
- Romeo Casabona, C.M. (1997). Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles. *Estudios de Derecho Judicial*, nº7, 1, 305 y ss.
- Schaub, M., Stevens, A., Berto, B., Hunt, N., Kersch, V., McSweeney, T., Oeuvray, K., Puppo, I., Santa Maria, A., Trinkl, B., Werdenich, W. y Uchtenhagen, A. (2010). Comparing outcomes of "voluntary" and "quasi-compulsory" treatment of substance abuse dependence in Europe. *European Addiction Research*, 16-53-60.

- Sola Reche, E. (2003). La protección penal de los datos personales genéticos en el Derecho español. *Romeo Casabona, C.M. (Ed.) Genética y Derecho. Astrea, 201 y ss.*
- Suárez Pertierra, G., Souto Galván, E., Ciaurriz Labiano, M^a.J., Regueiro García, M^a.T., Rodríguez Moya, A., Ariza Robles, A., Pérez Álvarez, S. y Pelayo Olmedo, D. (2016). *Manual Derecho Eclesiástico del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 157.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (1999). *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 178-179.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2000). *La Cooperación al Suicidio y la Eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*. Tirant lo blanch, Valencia, 36-37.
- Verdejo-García, A., Pérez-García, M., Sánchez-Barrera, M., Rodríguez-Fernández, A. y Gómez-Río, M. (2007). Neuroimagen y drogodependencias: correlatos neuroanatómicos del consumo de cocaína, opiáceos, cannabis y éxtasis. *Rev Neurol* 44 (7): 432-439.

Legislación

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Jurisprudencia

STS de 14 de abril de 1993.

Washington v. Harper, 494 U.S. 210 (1990).

Riggins v. Nevada, 504 U.S. 127 (1992).

Sell v. United States, 539 U.S. 166 (2003).