

T.1608



FLACSO
ARGENTINA

ÁREA BIOÉTICA

POSGRADO PROGRAMA DE BIOÉTICA

Título tesis

Los dilemas bioéticos y jurídicos de la huelga de hambre bajo custodia estatal en situación de privación legal de la libertad: interacción entre derechos, deberes y responsabilidades

Tesista/Estudiante/Autor: Dra. María Susana Ciruzzi

Director/a de Tesis / Tutor/a trabajo final: Dra. Patricia Sorokin

Tesis/ trabajo final para optar por el grado academico
MAESTRIA

Fecha: (09/04/19)

FLACSO Argentina
Biblioteca de Ciencias Sociales

T.1608
1
52761



Dra. MARÍA SUSANA CIRUZZI
ABOGADA (UBA) CPAC T. 24 - F. 28
POSGRADUADA EN DERECHO PENAL - UBA
DOCTORA EN DERECHO UBA
DIRECCION ASOCIADA DE ASUNTOS JURIDICOS
Hosp. de Pediatría S.A.M.L.C.
"Prof. Dr. Juan P. Garahan"

Los dilemas bioéticos y jurídicos de la huelga de hambre bajo custodia estatal en situación de privación legal de la libertad: interacción entre derechos, deberes y responsabilidades.

Palabras Clave

Huelga de hambre

Privación legal de la libertad

Responsabilidad Estatal

Vulnerabilidad

Derechos Humanos

Bioética

Resumen

La tensión entre el ejercicio de los derechos individuales, el rol del médico y la responsabilidad del Estado como árbitro y garante, ha existido desde que los primeros esbozos de los Estados Modernos comenzaron a desarrollarse. Es un conflicto aún latente que expone, de manera totalmente descarnada, los dilemas propios de la relación asistencial, en el que la tradicional formación médica, sumado a cierta exacerbación del principio de beneficencia, colisiona con la decisión autónoma del individuo que –sin ser estrictamente un paciente- se coloca “voluntariamente” en situación de tal, al negarse a ingerir alimentos o líquidos, como una forma particular de crítica y reclamo al sistema penal que lo ha decretado su huésped.

La huelga de hambre suele ser percibida por los propios detenidos como un recurso *in extremis*, lo que pone en evidencia de manera lacerante, las terribles

condiciones a las que se ven sometidos, al punto de estar dispuestos a perder su vida para lograr cambiarlas.

A ello debemos sumarle el rol que tanto los médicos como el propio Estado, se ven obligados a asumir. Por un lado, la relación asistencial se da dentro de un marco de extrema vulnerabilidad y de casi nula libertad. Por el otro, asistimos a la paradoja de que el mismo Estado que priva de la libertad es quien no solo debe custodiar al preso sino –además- brindarle condiciones dignas de habitabilidad y prevenir todo daño en su persona.

Planteada en estos términos la cuestión, nos lleva a analizar cómo articular los deberes, derechos y obligaciones de estas tres partes, en un contexto de encierro forzoso legal, donde se origina una relación asistencial no en base a un proceso patológico, sino por la decisión autónoma del individuo que reclama por mejores condiciones de detención.

La primera huelga de hambre de Mahatma Gandhi fue el 10 de febrero de 1943. En ese tiempo Gandhi había sido apresado por las tropas del Imperio Británico. Gandhi estaba preso desde agosto, seis meses después como forma de presión política y dentro de su filosofía de lucha no violenta, inició la huelga de hambre. En total, Mahatma Gandhi llevó a cabo 17 huelgas de hambre, que fueron una forma de presión importante para conseguir la independencia de la India.

En el año 2011 Chile fue testigo por primera vez del ejercicio de la huelga de hambre por parte de un grupo de jóvenes, entre ellos adolescentes, que en defensa de la protección de un derecho que estimaban conculcado, como es el derecho a la educación,

creyeron preciso adoptar el ayuno como mecanismo de presión para propiciar con la Autoridad de Gobierno una negociación que hasta entonces sentían fracasada.

“¿Qué pasaría si una persona cautiva severamente herida deseara rechazar el tratamiento, entendiendo que ello provocaría su muerte? ¿Existe diferencia si el Estado desea mantener al “paciente” vivo para ser enjuiciado o encarcelado? ¿Qué pasaría si el profesional de la salud descubriera que las lesiones provienen de la tortura? ¿O que el paciente es revivido para ser torturado? Por ejemplo, considere a los detenidos en Guantánamo quienes desean terminar con sus vidas a través del rechazo de la alimentación, en algunos casos luego de haber sido torturados por años y habiendo estado sujetos a un programa médico-científico intencionalmente destinado a destruir toda esperanza. Los profesionales estatales de la salud por medio de la fuerza, y usualmente de manera violenta, alimentaban a los prisioneros. ¿El rechazo por parte de los profesionales de la salud de honrar la autonomía de los prisioneros puede ser tipificado como tortura? Si el tratamiento involuntario resultara en una vida de sufrimiento y estigma, ¿tipifica ello un tratamiento cruel, inhumano y degradante?”^{1,2}

¹ Lunstroth J. “The obligations of Health Workers to “Terrorists”. American Journal of Bioethics. Volume 9 Number 10, 2009.

² “What if the severely injured captive desires to refuse treatment being understood the captive will die? Does it make a difference if the state wants to keep the “patient” alive for trial or imprisonment? What if the health worker discovers the injuries came from torture? Or that the patient is being revived for torture? For example, consider the Guantanamo detainees who desired to end their lives by refusing nourishment, in some cases after being tortured for years and being subject to an intentional medico-scientific program to remove all hope. State health workers forcibly, and often violently, fed the detainees. Does the refusal to honour the autonomy of the captive by health workers rise to the level of torture? If the involuntary treatment will result in a lifetime of suffering and stigma, is it “cruel, degrading and inhuman treatment?” (La traducción nos pertenece)

Introducción

*Un prisionero retiene todos los derechos de un ciudadano común, excepto aquellos que expresa o necesariamente, son restringidos por la ley*³.

National Council on Crime and Delinquency of Canada

El tema a desarrollar se focaliza en el procedimiento de alimentación e hidratación forzada en contextos de encierro compulsivo carcelario, en cumplimiento de una pena privativa de libertad o de una medida cautelar restrictiva de la libertad⁴.

La idea fundamental estriba en analizar la interacción del rol de la autonomía en personas extremadamente vulnerables, y que carecen de un derecho fundamental como es la libertad de locomoción –por decisión legítima de autoridad pública-, la responsabilidad del Estado en su custodia y el rol de los profesionales de la salud frente a la negativa a ingerir alimentos y/o hidratación, en un sujeto no enfermo y privado legalmente de su libertad.

La propuesta atraviesa transversalmente las áreas jurídicas y éticas, en cuanto al ejercicio de los derechos individuales en situación de vulnerabilidad, la participación del médico en actos que contrarían la libertad de la persona y que pueden tipificar conductas violatorias de los derechos humanos y el doble rol estatal, como garante de las libertades individuales y como custodio de las personas privadas legalmente de su libertad.

Entonces, ¿puede el médico desconocer la decisión de una persona a quien el propio sistema puede convertir en paciente, y que puede verse despojada de las

³. *A prisoner retains all the rights of an ordinary citizen except those expressly, or by necessary implication, taken from him by the law.* (La traducción nos pertenece).

⁴ En esta tesis, la palabra libertad se emplea en dos sentidos: 1. Facultad y derecho de las personas para elegir de manera responsable su propia forma de actuar dentro de una sociedad. y Estado o 2. condición de la persona que es libre, que no está en la cárcel ni sometida a la voluntad de otro, ni está constreñida por una obligación, deber, disciplina, etc. Cuando el que prima es éste segundo significado, se verá referida como “pena privativa de la libertad, prisión, o medida cautelar de privación de la libertad”.

condiciones necesarias para encontrar garantizadas su libertad y voluntad? ¿Existe un conflicto de interés cuando el médico llamado a intervenir pertenece al *staff* penitenciario?

A ello debe sumarse la dimensión particular que el principio de autonomía adquiere en situaciones de encierro forzado: ¿puede considerarse verdaderamente libre quien se ve privado de parte de su libertad por decisión judicial? ¿Es una decisión voluntaria, libre de coacción, la que ejerce el preso (condenado o no) cuando opta por realizar una huelga de hambre como forma de reclamar la atención sobre las condiciones de su detención? ¿En qué sentido podría no ser voluntaria la acción de negarse a comer? ¿Quién lo estaría coaccionando? ¿Puede ejercerse la autonomía hasta el extremo de perder la propia existencia como forma de alcanzar un determinado fin específico?

Respecto del Estado, estos conflictos lo interpelan en su propia esencia: a través del ejercicio del poder punitivo, transforma a un ser libre en constreñido a un determinado ámbito físico, donde su voluntad se ve limitada (cumplimiento de órdenes dentro del establecimiento carcelario), y crea un sistema que puede terminar subvirtiendo el mismo orden que pretende proteger, al despersonalizar al detenido (quien pasa a ser un número o la carátula de un expediente), quien pierde así todo rasgo de humanidad, convirtiendo –paradójicamente- en un enfermo a un sujeto previamente sano, y sin que actúe ningún proceso patológico causal.

En este contexto: ¿puede el Estado vulnerar la decisión de una persona que se niega a ingerir alimentos para llamar la atención sobre las condiciones inhumanas de su encierro? ¿Es un acto médico alimentar e hidratar artificialmente a una persona que realiza una huelga de hambre? ¿Es la hidratación y alimentación artificial forzada un acto de tortura, cruel, inhumano, degradante y por ende violatorio de los derechos

humanos? ¿Existe un conflicto de interés cuando el Estado actúa como custodio del bienestar de una persona a la cual él mismo ha privado de su libertad y cuando es el mismo Estado quien debe cumplir con las condiciones adecuadas de detención que el propio preso reclama como inhumanas?

Concretamente este trabajo plantea el dilema sobre qué acción tomar cuando la propia persona se coloca en riesgo consciente de muerte al abstenerse de ingerir alimentos y/o líquidos como forma de libertad de expresión y crítica a las condiciones carcelarias que soporta.

Sobre el punto, la Asociación Médica Mundial, en Tokio, en 1975, se pronunció en el sentido de respetar la decisión de un preso competente, con voluntad capaz e informada, de no ser alimentado, criterio que fue reiterado en 2006, en la “Declaración de Malta sobre las personas en huelga de hambre”.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su “Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de libertad en la Américas” (31/12/11), ha afirmado la idea fundamental que *“el Estado al privar de la libertad a una persona asume una responsabilidad especial de la que surgen deberes concretos de respeto y garantía de sus derechos, y de la que surge una fuerte presunción de responsabilidad internacional del Estado con respecto a los daños que sufren las personas mientras se encuentran bajo su custodia”* (cfr. pág. 5 parag 13).

A su vez, el análisis de conductas en el ámbito sanitario que pueden constituir tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que fuera referenciado por el informe del Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas (2013), aporta nuevos elementos de discusión al tema en análisis.

Pronunciamientos judiciales como el de la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza (14/2/90) que afirma el carácter sagrado de la vida o el del

Tribunal Constitucional español (SSTC120/90 y 137/90) que justificó la intervención de la administración para interrumpir la huelga de hambre de reclusos, poniendo el acento sobre el alcance de la posición de garante del Estado, o el de la Comisión Europea de Derechos Humanos al confirmar la validez de la alimentación forzada de un preso en huelga de hambre (Caso X vs. Alemania, 1984); así como las situaciones surgidas a la luz pública en la prisión de Guantánamo, y como el caso histórico de la huelga de hambre del líder del Sinn Fein, en Irlanda, le otorgan actualidad ética, política y jurídica a la situación que se propone analizar.

Los derechos humanos son el marco que nos permitirá estudiar el dilema planteado. Deberán orientarnos a la hora de determinar cuál es la mejor opción, teniendo en cuenta que decantar por una de las alternativas, implica necesariamente descartar la otra. No parece haber armonización posible.

Existe consenso en la comunidad internacional (al menos occidental) que los derechos humanos son valores de tal trascendencia, compartidos por los Estados, que resultan un piso mínimo de cumplimiento universal. Hay conductas tan graves y palmariamente violatorias de tales derechos fundamentales, que requieren una respuesta firme y unánime que, no solo rechace enfáticamente la violación, sino que además provea de herramientas para hacer cesar tal conducta y reparar los efectos perniciosos.

Conceptualmente, debemos remarcar que hablar de derechos humanos implica – necesariamente- el involucramiento del Estado como último y principal garante de su plena vigencia.

Capítulo I. El Bien Jurídico Vida. Valor y naturaleza jurídica. Titularidad. La posibilidad de disposición del derecho a la vida. La huelga de hambre. Su naturaleza constitucional. La autopuesta en peligro.

*La libertad como orden es uno de los más viejos antagonismos políticos
y hoy en día se halla en el centro de la Política*

Platón. “La República”.

La intervención del Derecho Penal en estas cuestiones asistenciales nos interroga acerca del bien jurídico protegido. Si lo que se procura es proteger el derecho a la vida, entonces surge un cuestionamiento fundamental: ¿podemos proteger el bien jurídico contra la voluntad de su propio titular cuando, por su propia esencia, los derechos son disponibles? Frente al deseo expreso y concreto del paciente: ¿el médico está obligado a garantizar el bien jurídico aún ante la negativa de su propio titular?

El punto que se nos presenta ha recibido acalorados debates, con posiciones totalmente contrapuestas e irreconciliables. Para algunos, la prohibición de disponer de la vida propia es un argumento moral y absoluto. Acabar deliberadamente con la vida humana está mal, porque la vida es “sagrada”⁵ y la prolongación del sufrimiento le confiere su propia dignidad. Para otros, reconocer cierto ámbito de disponibilidad de la vida sería el primer paso en la pendiente resbaladiza, donde los vulnerables se verían amenazados.

Estas miradas merecen ser tomadas en cuenta seriamente. Pero ello no constituye obstáculo para destacar que la libertad y la autonomía son fuentes donde

⁵ Las religiones monoteístas consideran que la vida es sagrada porque es un don conferido por el Creador y desde su inicio compromete la acción de Dios. Ver Génesis, I 27; Encíclica Redemptor Homiis N° 13, Juan Pablo II.

abreva la dignidad también. Pero en una sociedad secular resulta sumamente controvertido sujetar las vidas individuales a un dolor, miseria y sufrimiento intolerables en nombre de la santidad de la vida.

El filósofo utilitarista John Stuart Mill ha destacado que el único fin por el que sería justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometiera en la libertad de acción de un individuo, debía ser la protección de los demás, es decir del resto de la sociedad. El bienestar físico o moral de ese individuo particular no resultaría justificación suficiente ya que, en lo que le concierne meramente a él, su independencia es absoluta: *“Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo, sobre su espíritu, el individuo es soberano”*. Y agrega: *“Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás”*⁶.

En este marco filosófico-jurídico, el primer punto que debemos estudiar es qué entendemos por vida.

“Si vida significa solo el metabolismo y procesos vitales, entonces ¿cuál es el sentido que puede tener al decir que es un bien en sí misma? Si con esto se quiere representar un bien que debe ser protegido independientemente de cualquier capacidad para la experiencia consciente, creo con sinceridad, que está defendiendo una pura y simple forma de vitalismo, una mentalidad que defiende la vida (entendida como simples procesos vitales), abstrayendo de las reales condiciones del paciente. Se puede y se debe decir, en mi opinión, que la persona tiene un valor incalculable, sin embargo, en ciertas circunstancias, el prolongamiento de la vida puede fácilmente llegar a ser un asalto en la dignidad de la persona”.⁷

⁶ Mill J.S.. “On Liberty”. P. F. Collier & Son. 1909.

⁷ Sgreccia, E. “Manual de Bioética: fundamento y ética biomédica”. San Pablo Loyola, 2006.

Según José Alfonso Da Silva, la vida tal como se encuentra plasmada en los textos constitucionales, no debe ser considerada sólo en el sentido biológico de incesante autoactividad funcional, sino en su acepción biográfica más abarcativa.⁸

Resulta clara la postura -que personalmente asumo- en cuanto a que el derecho a la vida debe referirse a una vida que merezca la pena vivirse: (el derecho a la vida) resulta, en un sentido, antecedente de todos los demás derechos de la Constitución. Sin la vida en el sentido de existencia, no sería posible ejercer el resto de los derechos. Pero el derecho a la vida no fue incluido en la Constitución con la sola finalidad de proteger el derecho a la existencia⁹. No se refiere a la vida como simple materia orgánica, sino como el derecho a compartir la experiencia de humanidad. Este concepto de la vida humana se encuentra en el centro de nuestros valores constitucionales. La Constitución procura establecer una sociedad donde el valor individual de cada miembro de la comunidad sea reconocido y apreciado, por lo que el derecho a la vida resulta central. Así entendido, incorpora el derecho a la dignidad, de manera que los derechos a la vida y a la dignidad están interconectados. Por ende, el derecho a la vida es más que la existencia, es el derecho a ser tratado como un ser humano con dignidad: sin dignidad, la vida humana estaría sustancialmente menoscabada¹⁰.

Considero que la vida es un derecho, no una obligación. La vida, como tal, presenta un significado esencial solo para su titular, quien lo dota de contenido y valor. Tal significado resulta intransferible y la experiencia vital solo puede referenciarse al propio sujeto. Aquello que resulta tolerable o no, aquello que constituye un valor, solo puede ser aprehendido en toda su dimensión por el propio individuo. Entiendo que el Estado

⁸ Da Silva, J. A.: "Curso de Direito Constitucional Positivo", 20ª edição, p. 196, Malheiros Editores, 2001

⁹ El derecho a la vida es uno de los derechos implícitos. Su incorporación expresa se realizó en la reforma constitucional de 1994, al incorporarse los tratados internacionales sobre derechos humanos, conforme lo estipula el art. 75 inc. 22.

¹⁰ High Court of South Africa (North Gauteng High Court), *in re* "Robert James Stransham-Ford. Case Number: 27h01/15

no puede imponer la continuidad de la vida, no puede exigir a la persona que **viva a pesar de ella**, ni mucho menos exigirle que tolere aquello que le resulta intolerable. Tal ha sido el concepto que nuestro sistema jurídico ha receptado: el suicidio no es un delito, la autolesión tampoco, porque se entiende que –más allá de la reprochabilidad religiosa, moral o personal que tales conductas pueden originar- jurídicamente el Estado debe garantizar las decisiones personales que no afecten derechos de terceros, aún cuando las mismas puedan resultar disvaliosas, incomprensibles, disparatadas o francamente “irracionales”. El art. 19 de nuestra Constitución es claro al respecto, garantizando el principio de autonomía jurídica –mucho más amplio, inclusive, que el principio bioético de autonomía y temporalmente anterior- que supone respetar el derecho a ser dejado a solas (*the right to be let alone*, del derecho anglosajón) en la elección y ejecución de ese proyecto de vida único y personal. Es indiscutible que toda decisión personal repercute en terceros: nuestros afectos y/o la misma sociedad se ven conmocionados frente a la opción de uno de sus integrantes que decide ya no seguir viviendo, que reivindica la muerte como último acto de libertad y dignidad. Pero nuestra norma constitucional no limita nuestras conductas autorreferentes en base a sus repercusiones sino solo cuando conculcan derechos de terceros o interfieren arbitrariamente con el proyecto de vida ajeno.

La Bioética adjetiva el bien jurídico vida, en el sentido que la relevancia de la protección está dada por la dignidad de esa vida, no por su expresión meramente biológica. Y la dignidad es un concepto que, si bien polisémico, refiere al respeto y consideración del otro por el solo hecho de ser persona. Dignidad que, en palabras de la

UNESCO, refiere al “derecho a ser hombre”, derecho cuyo contenido será dado, principalmente, por el propio hombre en su singularidad¹¹.

Resulta primordial y fundante, garantizar el respeto por el ser humano, de su dignidad, y también creo que cada vida resulta valiosa *per se*. Pero ello no significa en modo alguno imponer la obligación de conservar la vida aún contra la propia decisión del paciente. La opción no es que "muera sin tratamiento médico" por haber rechazado una terapia determinada, sino humanizar la historia de cada persona, en su calidad de ser único e irrepetible, lo que debería involucrar decidir cómo vivir, otorgar valor a la experiencia vital, y elegir cómo morir cuando el valor intrínseco de la vida pierde peso y sentido, es decir cuando ya no es vivida con calidad, ni con dignidad, ni con proyecto.

Desde la óptica que propongo, la vida –en su expresión meramente biológica- no es un bien ontológicamente¹² absoluto. Frente a la cantidad de vida, el propio sujeto podrá ponderar otros derechos e intereses para él mucho más relevantes y merecedores de protección, como pueden ser su proyecto de vida, la calidad de vida, su libertad y dignidad.

El verdadero dilema, al decir de Camus en el “Mito de Sísifo”, no es cuándo comienza o termina la vida, o si existe un derecho a morir, sino si “la vida vale la pena ser vivida”. Y éste es un interrogante que solo puede ser respondido en un aquí y ahora

¹¹ En cuanto al concepto de dignidad, seguimos a Kant. La defensa de las personas y de su derecho a la autodeterminación deriva de la visión kantiana del estatus de la persona como agente racional. Esta formulación traza una distinción radical entre personas y cosas. Para Kant, las cosas poseen valor de mercado, precio. Las personas, en cambio, poseen dignidad o valor incondicional, ya que ellas pueden ser capaces de elecciones racionales. Según Kant, la dignidad deriva de la capacidad de darse leyes racionales en conformidad con el imperativo categórico. Tal dignidad reside en la naturaleza de las personas como agentes morales autónomos. Florencia Luna – Arleen Salles, “Bioética: Nuevas reflexiones sobre Debates Clásicos”. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2008.

¹² Entendemos que la vida, por el solo hecho de ser vida, no puede considerarse *esencialmente* absoluta, ya que la misma para ser (no ya en potencia sino en acto) necesariamente debe ser circunstanciada e individualizada por el propio sujeto. La ontología es el estudio del ser. es una parte o rama de la filosofía que estudia la naturaleza del ser, la existencia y la realidad, tratando de determinar las categorías fundamentales y las relaciones del "ser en cuanto ser". Engloba algunas cuestiones abstractas como la existencia o no de determinadas entidades, lo que se puede decir que existe y lo que no, cuál es el significado del ser, etc. Los filósofos de la Grecia Antigua, Platón y Aristóteles estudiaron este concepto que muchas veces se confunde con la metafísica. De hecho, la ontología es un aspecto de la metafísica que busca categorizar lo que es esencial y fundamental en una determinada entidad.

circunstanciado propio e intransferible de cada sujeto. La experiencia vital supone no solo el vivir (cómo, cuándo, cuánto, dónde, con quién/es), sino también el empoderarse de la propia muerte y reivindicarla como personal. Supone, además, encontrarle un significado trascendente (religioso o no) a cada una de las experiencias personales. Cuánto de carga intolerable, cuánto de infructuoso es ese “vivir” es una cuestión que sólo puede ser merituada en toda su magnífica complejidad por el propio sujeto.

Sujeto que, en el caso que nos ocupa, es una persona por lo general sana o con cuadros patológicos que no hacen prever una muerte próxima, que se convierte en paciente por la acción del propio Estado que lo coloca en situación de enfermedad al incumplir con su deber de garantizar las condiciones mínimas de seguridad, salubridad, humanidad y dignidad en el cumplimiento de la pena (o medida cautelar) impuesta e individualizada por el mismo Estado que detenta el ejercicio del poder punitivo con exclusividad.

Si bien pensado para otro contexto (la autopuesta en peligro de la víctima en actividades de riesgo) considero que los fundamentos del principio penal de imputación a la víctima son enteramente aplicables al tema en estudio, ya que el reconocimiento de la libertad como autodeterminación personal se proyecta también en el aspecto de la responsabilidad. Este principio conocido también como actuación en riesgo propio, “*se fundamenta en dos principios jurídicos básicos y correlativos: por un lado, en la libertad de la persona y, por el otro, en el principio de autorresponsabilidad*”.¹³

El individuo sano sometido al cumplimiento de una medida legal de restricción de su libertad encuentra que sus condiciones de encierro son indignas y concibe, como único medio no violento hacia terceros de protesta, “autoviolentar” su propia integridad

¹³ Polaino Navarrete M. y Polaino-Orts, M. “Autodeterminación personal y libertad. Implicaciones jurídico-penales”. En A.A.V.V. “Legitimación del Derecho Penal”, Ara Editores, Chiclayo, 2012.

corporal y psíquica, aún más, su propia vida, como consecuencia de haberse alterado su “estado de completo bienestar bio-psico-social”¹⁴.

La huelga de hambre es una forma de protesta contra la autoridad, y en la cual el huelguista intenta llamar la atención acerca de sus pesares para conseguir una modificación en su situación de detención. Quienes realizan una huelga de hambre no desean morir y no son suicidas, pero pueden aceptar poner en riesgo su salud y su vida como un último mecanismo para lograr ser escuchados y obligar a mejorar algún aspecto de su detención. Por definición, las personas en huelga de hambre gozan de plena capacidad de decisión. Esta distinción entre la conducta dirigida a matarse y el rechazo de alimentación con el objeto de protestar como última medida es determinante¹⁵.

La Declaración de Malta (también conocida, en inglés, como *Declaration on Hunger Strikers*)¹⁶ define al huelguista de hambre como “una persona mentalmente competente quien ha indicado que ha decidido comenzar una huelga de hambre y rechaza la ingesta de comida o líquidos por un plazo significativo”.

Oguz y Miles¹⁷ definen a la huelga de hambre como “una acción en la cual una persona o personas con capacidad para la toma de decisiones (generalmente, aunque no siempre, en la prisión) rechaza la ingesta de nutrición vital hasta que la otra parte accede a ciertas demandas específicas”.

Muchos Estados han intentado distintos abordajes para balancear el derecho a la privacidad del prisionero, su libertad de expresión y su integridad corporal junto con la

¹⁴ Definición de salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

¹⁵ Crosby S. S. “Not Every Food Refuser is a Hunger Striker”. *The American Journal of Bioethics*. 14(7): 47-51, 2014.

¹⁶ Declaración sobre las Personas en Huelga de Hambre (La traducción nos pertenece)

¹⁷ Oguz N.Y. – Miles S.H. “The physician and prison hunger strikes: reflecting on the experience in Turkey”. *Global Medical Ethics*. BMJ. <http://jme.bmj.com> January 3, 2015.

autoridad estatal para regular el ambiente carcelario, prevenir el suicidio y garantizar la salud del interno.

La huelga de hambre puede ser considerada desde tres perspectivas. En primer lugar, está la decisión individual de realizar la huelga, decisión que por sí misma ya plantea una serie de interrogantes: ¿tiene el interno este derecho de expresión? ¿Cómo se evalúa la libertad y autenticidad de esta decisión dentro de un ambiente carcelario? En segundo lugar, aparece la legitimidad del propósito de la huelga (por ejemplo: ¿resulta compatible la finalidad de la huelga con la autoridad estatal de regular la vida penitenciaria?). Y, en tercer lugar, se debe enfocar el análisis en la misma conducta de la huelga, en el sentido de que puede producir un daño a la salud o, inclusive, la muerte del huelguista.

El rechazo de ingerir comida es una forma de comunicación. Como tal, puede ser una declaración política, un método de ejercer control o reducir tensión, una variante de autolesión, una expresión de distrés o parte de un desorden mental.

En general, las huelgas de hambre en contexto de encierro forzoso procuran obtener un cambio en las condiciones de detención o llamar la atención de la opinión pública sobre las mismas, de manera de conseguir la libertad tan ansiada, como expectativa de máxima, o al menos condiciones más “humanas” y “humanitarias” en su privación de libertad.

Una huelga de hambre es la completa abstención de la ingesta de alimento y, a veces, agua. Usualmente, es un método reivindicatorio, muchas veces último recurso, empleado por personas que procuran producir un cierto cambio político, legal o administrativo que consideran injusto o que desconoce sus propios derechos. Es una forma de protesta y un método de presión que puede ser hallado muy frecuentemente en

las cárceles y centros de detención, donde resulta muy difícil que sus demandas obtengan la respuesta que ellos esperan.

La huelga de hambre es un método de protesta pacífico, la persona que inicia una huelga de hambre emplea como única arma su propia salud y hasta su vida. De hecho, la única víctima –si podemos hablar en ese sentido- es el propio huelguista. Este tipo de huelga compromete a la administración penitenciaria al poner en juego bienes tan importantes como la vida y la salud para provocar un diálogo que hasta ese momento ha sido esquivo y, cuanto menos, lograr alguna de las reivindicaciones realizadas. Suele ser considerado un método efectivo de protesta desde que compromete a las autoridades a acordar con las demandas del huelguista u observar impávidos cómo su salud y vida se ven progresivamente amenazadas. Asimismo, y considerando que el Diccionario de la Real Academia Española define a la obediencia como el acto de cumplir con la voluntad de quien manda, siendo éste un superior que imparte órdenes; la huelga de hambre podría interpretarse como un acto de desobediencia, basado en una acción desesperada y esperanzada a la vez que se orienta, principalmente, a sensibilizar sobre una problemática individual/grupal/social, que demanda medidas urgentes.

Para una adecuada definición de la huelga de hambre, y siguiendo en este punto a Faundes Peñafiel y Díaz García¹⁸ es necesario revisar los elementos que la configuran, como causas, fines y medios, los cuales en diversos aspectos superan el campo del derecho, pero que sin duda tienen un impacto jurídico central. En este sentido, el estudio de la huelga de hambre no puede prescindir de las demandas o exigencias de los huelguistas (sus causas), que frecuentemente interpelan al derecho, y del ayuno, medio empleado que por su naturaleza genera frecuentes resistencias éticas.

¹⁸ Faundes Peñafiel J.J. – Díaz García L.I. Examen de proporcionalidad de la huelga de hambre de personas privadas de libertad de su alimentación forzada a la luz de la jurisprudencia”. Estudios Constitucionales. Año 12, Nº 2, 2014. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca.

La huelga de hambre es una forma de protesta social pacífica y extrema a la vez, en la que se tensionan valores centrales del individuo, como la vida y la libertad, porque vida y libertad se contienen en la esencia de la dignidad humana.

La huelga de hambre no es solo un mecanismo disponible de demanda o reclamo, sino que es además constitutiva en sí del ejercicio de derechos fundamentales. Este mecanismo se basa, precisamente, en el derecho constitucional a la vida, en el sentido del derecho a una vida digna y el derecho constitucional a la libertad.

De este modo, podemos decir que por medio de la huelga de hambre una o varias personas deciden denunciar públicamente una injusticia social por medio de una protesta cuya característica es la de no ingerir alimentos, hasta las últimas consecuencias si fuera necesario, llamando la atención pública para ejercer y crear presión social sobre la autoridad (la que se aprecia o imputa como la fuente de las acciones injustas) y así obtener la acción demandada de parte de ella que permite en definitiva el cese de la injusticia que se reclama.

Los elementos constitutivos de una huelga de hambre son:

- 1) Una decisión voluntaria. El huelguista actúa conscientemente, ejerce su voluntad de privarse de alimentación hasta la muerte, como resultado probable pero no como objetivo propuesto e ineludible. No procura su muerte, sino que la admite como posibilidad y último recurso, sujeto siempre a su permanente reversión ante la eventual aceptación de la demanda.
- 2) La finalidad. El huelguista persigue el objetivo de conseguir una prestación o que se reconozca en forma concreta un derecho juzgado, conculcado o no admitido. Esta finalidad recaída en demandas específicas, será el elemento sustantivo que acaecido permitirá el cese de la huelga y, al mismo tiempo, constituye la causa justa que legitima la huelga de hambre.

3) Una causa justa. Refiere al consenso de quienes ponen en duda la legitimidad de un régimen determinado, de un sistema político, social, jurídico, religioso o que impugnan ciertas medidas de dicho régimen u ordenamiento. En este sentido, la acción de los huelguistas contiene una demanda de reconocimiento que instala una dinámica de conflicto contra el poder establecido hegemónicamente que consolida su visión del deber político, social, cultural e incluso institucional. Debe tenerse en cuenta que el Estado de Derecho no es siempre garantía de la plenitud del ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, que una causa justa de la huelga de hambre puede referir a cambios en el ordenamiento jurídico relativo a cuestiones institucionales, leyes, fallos u otras situaciones que se consideran injustas y que pueden llegar a cambiar en la medida que se consolide un consenso social relativo a dicha situación de injusticia.

La justicia o justificación de la causa, conforme la Teoría del Delito en orden a las causas de justificación y su esencia jurídica, siempre será subjetiva y –en el caso de una huelga de hambre colectiva- se considerará tal aquella que consensualmente los huelguistas entiendan justa. Tal subjetividad es elemental, tanto se hable a nivel de la antijuridicidad (causa de justificación *stricto sensu*) como a nivel de la culpabilidad (reprochabilidad penal, en tanto error de prohibición que atenúa o elimina la culpabilidad, ya que basta con que el huelguista aprehenda su acción como justa y justificada).

4) El procedimiento: la huelga de hambre constituye un mecanismo de presión, de reclamo o de protesta, que se ejerce sobre o respecto de una persona o una institución a quien se imputa como causante de la injusticia reclamada y se exige la prestación o reconocimiento. Esas medidas, cambios o iniciativas serán la

condición para el término del ayuno y de la progresión hacia el resultado posible de la muerte.

- 5) Táctica, visibilización y seriedad. La huelga de hambre comprende la táctica de dar amplia publicidad a la acción del huelguista, en un marco de seriedad y visibilización razonable. Por ello debe ser asumida con especial seriedad. Este será un aspecto muy relevante en el juicio de ponderación, porque el motivo o causa que lleva a tomar la decisión de hacer una huelga de hambre y la necesidad de llamar la atención o de darle publicidad deben ser razonables en relación con otras motivaciones meramente utilitarias que restan legitimidad al hecho de dejar de comer y ofrecer la vida si fuere necesario.

Así, se ha afirmado que *“parece imposible sostener que su actuar no es caprichoso, contrario a la razón o al buen juicio, injusto o desproporcionado. Admitiendo la buena fe como principio de acción, cada uno de ellos entiende que el sistema de persecución penal o el sistema judicial se han comportado de manera ilícita o indebida con sus respectivos casos. Por tanto, desde una perspectiva subjetiva, su actuar no puede ser calificado de arbitrario, aún cuando impiden a Gendarmería cumplir con sus deberes legales”*¹⁹

¹⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 724-2013, 27 marzo 2013.

Capítulo II. El principio de autonomía. Concepto. Autonomía jurídica y autonomía bioética. Diferencias y similitudes. El derecho a ser dejado a solas y el propio proyecto de vida. Reconocimiento y contenido. El ejercicio de la autonomía en situaciones límites o extremas; la vulnerabilidad.

La huelga de hambre tipo 2 o tipo Gandhi cae dentro del derecho de todo hombre a la libertad de conciencia y debe ser respetada siempre y de modo absoluto.

Diego Gracia. “Ética de la Huelga de Hambre”

Tomar decisiones nunca es sencillo. Múltiples factores intervienen complejizando la situación: es que las decisiones siempre son particulares y circunstanciadas, nunca generales y las distintas variables en juego suelen tener un alto componente subjetivo. Nuestras decisiones nunca son exclusivamente fundadas y guiadas por la razón: preferencias, valores, sentimientos, emociones, aprehensiones y temores son ingredientes permanentes. La concurrencia de distintos actores en una misma decisión tampoco permite que la cuestión se simplifique. Cada uno de nosotros tiene una idea preconcebida de aquello que probablemente decidiría en una situación dada. La más que famosa frase “*yo en tu lugar*” no nos ayuda en nada porque si estuviéramos en su lugar –concretamente en el lugar de la persona privada legalmente de su libertad en condiciones indignas- no necesitaríamos palabras y nos veríamos obligados –lisa y llanamente- a tomar una decisión. Y tomar una decisión es posicionarse frente a los desafíos que el vivir nos plantea. Entre ellos, nuestra propia finitud, nuestra propia mortalidad, nuestra dignidad y libertad²⁰.

El modelo de la autonomía descansa en la creencia de que no existe razón válida alguna para asumir que los pacientes y los médicos comparten los mismos objetivos,

²⁰ En un sentido similar, ver Ciruzzi MS. “El sufrimiento y la incurabilidad en Pediatría. A propósito del caso “Valentina Maureira”. Microjuris. Suplemento de Salud, Derecho y Bioética N° 5. MJ-MJN-85867-AR. Marzo 10 de 2015.

valores, preferencias, o comprensión de la medicina y la salud. La comunicación sobre la salud y la enfermedad constituyen dos paralelas igualmente importantes de indagación. En la primera, el paciente y el médico tratan de entender el diagnóstico del paciente. En la segunda, tratan de interpretar las creencias y valores del paciente.

Como bien lo expresan Weeks et alii²¹ *“los médicos tal vez podrán mejorar el entendimiento de sus pacientes, pero ello será a expensas de la satisfacción de esos mismos pacientes”*.

Existe consenso que cuando el paciente es un adulto, su decisión es soberana, y no existe posibilidad alguna de cuestionarla legítimamente, salvo incapacidad para la autodeterminación por estado de inconciencia o perturbación mental.

Couceiro Vidal²² postula que la Bioética como disciplina tiene su origen en la cultura norteamericana, en la que el principio de "libertad moral" rige la vida política desde el siglo XVIII, y se aplica tanto en el orden religioso (principio de libertad religiosa) como en el político (principio de democracia). El punto de partida, como ya se ha referido, es que todo ser humano es un agente moral autónomo, y que por ello debe ser respetado por los que mantengan posiciones morales distintas. Ninguna moral puede imponerse a las personas en contra de su conciencia. De aquí que la ética civil y social no se pueda construir sólo por un grupo determinado, sino que debe ser el resultado del consenso deliberativo logrado por todos los ciudadanos, por todos los agentes morales, mediante las reglas propias del sistema democrático. Aplicar todos estos supuestos a la

²¹ Weeks J.C., Catalano A. Cronin et al. "Patients expectations about effects of chemotherapy for advanced cancer". *New England Journal of medicine* 367:1616-1625. 2012.

²² Couceiro-Vidal A. Enseñanza de la bioética y planes de estudios basados en competencias. Introducción a la bioética. En Rodés-Teixidor J, Guardia-Massó J, eds. *Medicina interna*. 2 ed. Barcelona: Masson, 2004; p. 16-21

relación clínica es, precisamente, una de las principales causas y motivaciones que originaron e impulsaron la aparición de la Bioética.

Sostiene que las sociedades en cuya vida civil cotidiana no se tienen tan claros estos presupuestos tienden a confundir la bioética con la religión, con la deontología profesional o con el derecho. La primera confusión es un error tan grave como frecuente, que, entre otros, conduciría a negar el respeto a un derecho descubierto en la Modernidad y plasmado en las constituciones de nuestros países, el derecho a la libertad de conciencia. La segunda confusión deriva de entender que hay un único tipo de valores que se deben tener en cuenta en la relación clínica, aquéllos que han dado sentido a la profesión durante siglos, que constituyen nuestra "tradición profesional", y que se han ido plasmando en los códigos deontológicos. Esta afirmación se ha podido mantener en el seno de sociedades jerárquicas, no democráticas, en las que la única forma posible de entender la relación médico-paciente ha sido el modelo paternalista, pero con la introducción de los regímenes democráticos, las modificaciones, también para la relación clínica, son profundas, y generan conflictos de valores inéditos hasta ahora en nuestra tradición.

Según Couceiro Vidal la sociedad plural es aquella en la que los ciudadanos comparten unos mínimos morales que les permiten tener una base común para ir construyendo el mundo que les circunda. Tales mínimos pueden concretarse en el respeto a los derechos humanos de la primera, segunda y tercera generaciones o, lo que es lo mismo, en los valores de libertad, igualdad y solidaridad. Estos mínimos éticos se plasman en las constituciones de cada país y, entre otras, en aquellas normas legislativas que desarrollan los derechos constitucionales, de forma que todos los ciudadanos estamos obligados a cumplirlas, porque, además, creemos que es lo mejor y más justo para nuestra sociedad. Por eso, derechos como el de la libertad de conciencia o el

derecho a la asistencia sanitaria también son vinculantes en la relación clínica, e introducen nuevos valores, como la autonomía del paciente o la justicia distributiva aplicada a los recursos sanitarios, que deben tenerse en cuenta.

Destaca que los profesionales, como ciudadanos que somos, también estamos obligados a su cumplimiento. En la actualidad, no se puede concebir una relación clínica al margen de los valores básicos que constituyen el fundamento de la ética cívica. Este cambio social tan importante ha modificado también el concepto de profesión, que debe ejercerse en un entorno muy diferente, caracterizado por un individualismo extremo, con acceso fácil a la información especializada, muy inestable en sus condiciones sociales, y burocratizado a través de todas sus instituciones. Aparece así un nuevo concepto, el de "profesionalismo", que puede definirse como el conjunto de principios y compromisos para mejorar los resultados en salud del paciente y maximizar su autonomía, creando relaciones caracterizadas por la integridad, la práctica ética, la justicia social y el trabajo en equipo.

El principio bioético de autonomía se concretiza particularmente al momento de la manifestación del consentimiento informado. El derecho al rechazo de un tratamiento médico es la contrapartida y a su vez la consecuencia natural de éste. En efecto: toda vez que se reconozca a las personas un derecho a ser informados de los aspectos relevantes que hacen a la terapéutica médica que se les propone, y a consentir su aplicación, deberá reconocérseles la facultad de rechazar tal tratamiento²³.

Resulta una verdad de Perogrullo que la doctrina del consentimiento informado lleva ínsita una polémica de carácter ético. La autonomía de voluntad del paciente para tomar decisiones se ve contrastada con el deber médico de usar su mejor juicio y habilidad para maximizar la salud de aquél y el tema llega a su culminación cuando, en

²³ Highton E.- Wierzba S. "Consentimiento Informado". En "Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal". Oscar Ernesto Garay (Coordinador). La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 191/206.

situaciones extremas, debe asumirse posición en cuanto a quién tiene derecho a tomar la decisión final: el médico o el paciente. En ocasiones, por varios y variados motivos, dicha decisión se subroga.

Como ya se ha señalado, la norma constitucional de referencia fundamental en el tema es el art. 19 que consagra el llamado “principio de reserva” y protege la esfera de privacidad de la persona, su autodeterminación, en las acciones que el reconocido jurista Germán Bidart Campos denomina como “autorreferentes”, en la medida que no afectan la moral pública ni los derechos legítimos de terceros²⁴.

Como reacción frente a la medicalización de la vida, término que describe cómo el saber y la técnica médica invaden hasta los actos más personales e íntimos del hombre, se ha recurrido a la regla de la autodeterminación como límite, de la que deriva hoy en día la doctrina del consentimiento informado.

Se ha entendido así que la falta de información –aún sin que exista mala praxis en sentido estricto- constituye fuente de responsabilidad jurídica, dado que ha impedido al paciente poder efectuar una libre elección en cuanto a tratarse o rehusar un tratamiento, o entre distintas alternativas terapéuticas. De esta manera, la “revelación de la información, la evaluación y comprensión de esa información” (con referencia a la experiencia vital del paciente y su sistema de valores), constituyen el núcleo central de la doctrina del consentimiento informado, a la que se agrega la libertad del sujeto que decide, y la competencia para consentir.

En este punto debe trazarse una diferencia fundamental: la capacidad civil constituye un concepto distinto a la competencia bioética. La capacidad civil supone la habilidad para celebrar actos jurídicos, ello implica la posibilidad de ser titular de

²⁴ Para profundizar en la cuestión y en su relación con la temática en análisis, véase Bidart Campos, G. “La salud: `derecho- bien jurídico-valor” en P. Sorokin (coord.) *Bioética: Entre utopías y desarraigos. Libro Homenaje a la Prof. Dra. Gladys J. Mackinson*. Editorial AdHoc. Buenos Aires: 2002, pp. 69-76.

derechos (capacidad de derecho) y la facultad de poder ejercer esos derechos (capacidad de ejercicio). Todos los sujetos somos titulares de derechos, pero algunos son considerados incapaces o con capacidad limitada para ejercer todos o algunos de ellos (vrg: dementes declarados tales en juicio, menores de edad).

La competencia bioética es un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos y supone detentar la capacidad necesaria para hacer efectivo el derecho personalísimo a la salud y a la vida. La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez. Bajo esta expresión, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse y razonar sobre las alternativas que se le presentan, si tiene valores para poder emitir un juicio.

La ley presume que todo mayor de edad es plenamente capaz, desde el punto de vista civil, y plenamente competente, desde el punto de vista bioético.

El acto médico queda amparado por el art. 19 de la Constitución Nacional (CN), en tanto conforma una de las tantas expresiones del derecho a la intimidad del sujeto, en lo que representa de “proyecto de vida” elegido por él mismo. La obligación del Estado consiste en garantizar a sus ciudadanos la posibilidad de desarrollar su propio proyecto de vida con independencia de las consideraciones personales, morales, éticas y filosóficas que el mismo puede ofrecer y con el único límite de que ese proyecto propio no interfiera arbitrariamente ni violente derechos de terceros.

Si bien los derechos personalísimos ya gozan de reconocimiento legal en distintos tratados internacionales incorporados a la CN, resulta importante la mención que el Nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) trae acerca del principio de dignidad (arts. 51 y 52). Aún cuando existe consenso bioético acerca de la dificultad de definir un

término tan polisémico y subjetivo como dignidad, lo cierto es que se trata de una noción que permite otorgar un sustrato mínimo común que atraviesa a la Medicina, al Derecho, a las Ciencias Humanas y Sociales y a la Filosofía. Es un valor caro a la comunidad occidental, fundante de nuestros sistemas jurídicos. Supone el respeto al otro por el solo hecho de serlo, independientemente de sus accidentes (en sentido aristotélico). Que el Código Civil reafirme a la dignidad como faro y norte de la interpretación de los derechos individuales, no hace más que recordarnos la importancia de la subjetividad y la otredad en las interacciones humanas, sostenido en el concepto kantiano de la persona como agente moral autónomo.

Una persona autónoma es aquella que es capaz de reflexionar acerca de sus metas y de actuar bajo la guía de tal deliberación individual y colectiva. Respetar es dar peso a las opiniones y escogencia de las personas autónomas y refrenarse de obstaculizar sus acciones a menos que sean claramente perjudiciales para otras. Mostrar falta de respeto por un agente autónomo es repudiar sus juicios, negarle la libertad de actuar sobre la base de esos juicios o no darle información necesaria para hacer un juicio cuando no hay razones de peso para proceder así. Sin embargo no todo ser humano es capaz de autodeterminación. La capacidad de autodeterminación madura durante la vida del individuo, y algunos individuos la pierden total o parcialmente debido a enfermedad, perturbación mental o circunstancias severamente restrictivas de la libertad.

El consentimiento informado es el acto por el cual un paciente brinda su conformidad (o rechazo) con la indicación o propuesta médica, luego de recibir la información completa, adecuada, clara y precisa acerca del diagnóstico que lo aqueja, el mejor tratamiento disponible, las alternativas terapéuticas, los beneficios y riesgos esperados y el pronóstico. El respeto por las personas exige que a los sujetos, hasta el grado en que sean capaces, se les dé la oportunidad de escoger lo que les ocurrirá o no.

Esta oportunidad se provee cuando se satisfacen estándares adecuados de consentimiento informado. No hay duda sobre la importancia del consentimiento informado pero persiste una polémica sobre su naturaleza y posibilidad; no obstante, hay acuerdo amplio en que el proceso del consentimiento contiene tres elementos: a) información; b) comprensión; c) voluntariedad. En otras palabras, el consentimiento informado concretiza el principio bioético de autonomía.

Disecionando la etimología de la expresión “consentimiento informado”, encontramos que su origen está en la lengua latina donde el consentimiento se expresa como *sentire cum*, esto es “sentir con otro” o “querer la misma cosa”. Es un acto lícito unilateral de la voluntad, por el cual cada individuo decide la mejor forma de cuidar su salud y su vida, conforme el propio proyecto vital. Por ello mismo es esencialmente revocable²⁵.

Imperioso resulta destacar que la toma de decisiones (en la vida, en general, y en cuestiones médicas, en particular) no es un proceso lineal, exclusivamente racional y razonable. Nuestras decisiones están impregnadas por nuestras consideraciones subjetivas, por nuestra cultura, nuestros miedos y temores, nuestras emociones y sentimientos. Por ello se considera que es el propio sujeto quien se encuentra en la mejor posición para decidir aquello que le conviene y respeta su concepción personal en relación al autocuidado de su salud.

En cuanto a la regulación de los actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56 del Código Civil y Comercial), la norma es la prohibición de aquellos actos que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la

²⁵ “El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona afectada deberá tener capacidad legal para consentir; deberá estar en situación tal que pueda ejercer plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, intimidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza” Código de Nürenberg, art. 1.

moral o las buenas costumbres, con excepción de aquellos actos con finalidad terapéutica o la donación de órganos (que se rige por su propia normativa). En mi opinión, creo que esta regulación es contraria a la disposición del art. 19 de la CN en tanto muchos actos de disposición corporal –no estrictamente médicos- quedarían convertidos automáticamente en ilícitos –cuanto menos civiles- (piénsese por un momento en el “piercing” o algunas conductas especiales de las conocidas como “tribus urbanas”). O, yendo más lejos aún, en el suicidio, máxima expresión de autodisposición del propio cuerpo, que aún hoy en día se continúa discutiendo acerca de su naturaleza, en tanto acto de libertad y autonomía o acto sintomático de una patología mental. Sin duda, si aplicáramos de forma acrítica la norma en comentario, la huelga de hambre como medio de protesta caería dentro de sus previsiones.

El consentimiento informado recibe una regulación específica en los arts. 58 y 59 CCyC. Sin duda, el rechazo a tratamientos médicos contemplado tanto en el código como en la Ley de Derechos del Paciente, es un derecho que responde a la filosofía del respeto a la autonomía del paciente, de la cual –el consentimiento informado- es su expresión más acabada.

Dos excepciones legales contempla el deber del médico de obtener el consentimiento informado del enfermo: situaciones de grave riesgo para la salud pública o situaciones de emergencia en las cuales la vida del paciente esté en juego y no sea posible obtener su consentimiento informado (por ejemplo, por estado de inconsciencia) o no pueda accederse a la intervención inmediata de un subrogante.

Sostiene el Informe Belmont: *“La máxima hipocrática (primum non nocere) ha sido durante mucho tiempo un principio fundamental de la ética médica. Claude Bernard la aplicó al campo de la investigación, diciendo que no se puede lesionar a una persona a costa del beneficio que se podría obtener para otros. Sin embargo,*

*incluso evitar daño requiere aprender lo que es perjudicial; y en el proceso para la obtención de esta información, algunas personas pueden estar expuestas al riesgo de sufrirlo. Más aún, el juramento hipocrático exige de los médicos que busquen el beneficio de sus pacientes 'según su mejor juicio'. Aprender lo que producirá un beneficio puede de hecho requerir exponer personas a algún riesgo. El problema planteado por estos imperativos es decidir cuándo buscar ciertos beneficios puede estar justificado, a pesar de los riesgos que pueda conllevar, y cuándo los beneficios deben ser abandonados debido a los riesgos que conllevan"*²⁶.

Las personas son tratadas éticamente no sólo respetando sus condiciones y protegiéndolas del daño, sino también haciendo esfuerzos para asegurar su bienestar. Tal tratamiento cae bajo el principio de "beneficencia"; este término se entiende a menudo como indicativo de actos de bondad o caridad que sobrepasan lo que es estrictamente obligatorio. Se han formulado dos reglas generales como expresiones complementarias de acciones de beneficencia en este sentido: no hacer daño; y aumentar los beneficios y disminuir los posibles daños lo más que sea posible.

Así, la salud pública es un bien jurídico que autoriza la restricción legal de ciertos derechos individuales, en la medida de su afectación o riesgo (por ejemplo, la vacunación obligatoria, las normas de tránsito que obligan a usar cinturón de seguridad o casco, etc.). Ambas excepciones son jurídicamente causas de justificación que permiten la realización del acto médico con prescindencia del consentimiento informado del paciente, sin por ello tipificar un acto ilegal o violatorio de los derechos individuales.

²⁶ National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. Informe Belmont (en inglés, Belmont Report) es un informe del año 1979 emanado del Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, titulado "Principios éticos y pautas para la protección de los seres humanos en la investigación".

Preciso es remarcar lo ya afirmado, y es que estos principios que estamos referenciando hunden sus raíces en un valor liminar de nuestro sistema democrático y constitucional: el art. 19 de nuestra Carta Magna, que garantiza el *derecho a ser dejado a solas* tanto por el Estado como por terceros. Esta norma nos reconoce la facultad de realizar nuestras propias elecciones personales (morales, inmorales, disparatadas y/o disvaliosas) con el único límite de no conculcar, de no interferir arbitrariamente, en los derechos de terceros. Nuestro propio proyecto de vida, que solo nos pertenece a cada uno en la medida, con el significado y el contenido que le otorguemos, determina dos tipos de obligaciones fundamentales en cabeza del Estado: un deber de abstención, en cuanto a no interferir en nuestras elecciones personales; y un deber de acción o garantía, que nos permita contar con los medios adecuados y con las protecciones necesarias a los fines de la concreción de nuestro plan personal.

Nuestro ordenamiento constitucional nos concibe como seres autónomos, independientemente de nuestra edad y de nuestras condiciones individuales (sociales, culturales, económicas, etc.) lo cual implica reconocernos como libres y dignos en nuestra esencia. Cada uno de nosotros tendrá seguramente posturas muy disímiles frente a los avances tecnológicos y a las posibilidades que las innovaciones científicas nos brindan. Pero es función del derecho garantizar las decisiones personales con prescindencia de las consideraciones que terceros podamos tener acerca de esas opciones, armonizando la posibilidad de ejercicio de cada proyecto de vida personal, en una interacción dinámica y respetuosa de los principios, valores y derechos constitucionales.

No hay duda que estos principios pertenecen al hombre libre no sujeto al poder punitivo estatal. La cuestión central a resolver es si es correcto que el Estado intervenga médicamente en una persona competente bajo su custodia, contra su voluntad y en el

ejercicio constitucional de su derecho a la libertad de expresión. Por eso, resulta necesario preguntarse qué significa “consentimiento informado” dentro de una cárcel.

Una muy interesante sentencia se dio por el Tribunal Constitucional español (SSTC120/90 y 137/90), donde se justificó la intervención de la Administración para interrumpir la huelga de hambre de reclusos, poniendo el acento sobre el alcance de la posición de garante del Estado. Sostiene que la situación de privación legal de la libertad coloca en posición de garante al Estado ya que la persona no puede por sus propios medios o por acompañamiento de sus familiares atender al cuidado de la salud, acudiendo a los mecanismos asistenciales ordinarios de todo ciudadano.

La aplicación práctica de tres de los cuatro principios de ética biomédica²⁷ propuestos por Beauchamp y Childress (no maleficencia, beneficencia, autonomía), presentan algunas diferencias en el caso de los presos respecto de la población general. Se asume que la institucionalización limita la autonomía de los internos. Pero aún si esto fuera así, es incuestionable que los presos son personas y en tanto que tales, conservan plenamente su dignidad, lo que les hace acreedores de la misma consideración por los demás que cualquier otra persona. La dignidad, en cuanto valor moral y principio constitucional, ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, también durante el cumplimiento de una pena privativa de la libertad, y por tanto los poderes públicos deben asegurar las condiciones suficientes para su respeto. De esta obligación ética de los poderes públicos, nacen los derechos de los presos. El dilema surge cuando se plantea la posibilidad de que el propio accionar del Estado que tiene a esta persona bajo su custodia, pueda limitar esos derechos al punto tal de poner en entredicho su propia dignidad.

²⁷ Beauchamp, T y Childress, J. Principios de Ética Biomédica. Ed. Masson, Barcelona, 1999.

En ningún marco legal, nacional o internacional, surge que la persona legalmente privada de su libertad tenga limitado su derecho a la autodeterminación en cuanto al cuidado de su salud o de su vida, puntualmente, en lo que hace a rechazar un tratamiento médico, salvo en aquellos casos expresamente contemplados en la legislación (riesgo para terceros, situación de urgencia, salud pública). Sin embargo, parecería ser que la propia Administración tendería a interpretar que la obligación del sistema penitenciario de velar por la vida e integridad física de los internos constituye un “mandato” para aplicar tratamientos médicos forzosos a los presos, incluso en contra de la opinión de los propios interesados.

El Tribunal Constitucional Español sentó jurisprudencia en 1989, en el caso de la huelga de hambre de los presos del GRAPO. Basado en la relación de especial sujeción que se establece entre los internos y la Administración Penitenciaria, se afirmó que *“la Administración Penitenciaria tiene el derecho-deber de suministrar asistencia médica, conforme a criterios de ciencia médica a aquellos reclusos en huelga de hambre una vez que la vida de estos corra peligro”*.

Esta forma peculiar de relación jurídico-administrativa nace en la práctica de la dependencia absoluta del preso para desarrollar cualquier faceta vital, ya sea material (alimentación, sanidad), cultural, educativa o jurídica. Frente al deber del preso de acatar su encarcelamiento y con él su invalidez temporal para atender sus necesidades vitales, está la responsabilidad de la administración de crear las condiciones reales para que esto se cumpla. El penitenciarismo parece hacer una interpretación amplia de esta especial sujeción, y se arroga la potestad de tutelar el derecho a la vida de los internos. Creo que quien es el titular del derecho a la vida es quien puede aceptar o desear la propia muerte –como ausencia de vida- y al ejercitar tal deseo o aceptación dispone no de la muerte, sino del derecho a la vida, del que es –repito- titular.

La persona legalmente privada de su libertad es un sujeto vulnerable, sus derechos se encuentran limitados en su libre ejercicio y su persona sometida a la obediencia de las normas y contralor del régimen penitenciario. Pero ello no quiere decir que haya renunciado a sus derechos personalísimos. Las distintas capas de vulnerabilidad²⁸ originadas en su propia situación individual y legal imponen un plus de responsabilidad al propio Estado no sólo al ejercer su *imperium* sino, principalmente, de autorregularse y garantizar la protección del interno en razón, precisamente, de su vulnerabilidad.

El caso que nos ocupa tiene la peculiaridad de que sucede en un contexto especial como es la institucionalización y la particular relación jurídica que une al preso con la Administración Penitenciaria. Aunque se asuma que la institucionalización limita la autonomía de los presos, no deja de ser una idea muy discutible y en nuestra opinión equivocada en lo que respecta a decisiones sobre la propia salud. De los derechos personalísimos (vida, intimidad, integridad física y moral, libertad individual, etc.), los dos únicos derechos limitados a un preso son la libertad física y –en algunas cuestiones muy puntuales como puede ser la correspondencia o las comunicaciones telefónicas, o la requisa- su intimidad.

La fundamentación de la limitación de ciertos y determinados derechos individuales del interno abrevia en la necesidad de garantizar el orden, la seguridad y los derechos de otros internos y del personal penitenciario, con particular referencia a las normas internas que regulan la disciplina penitenciaria.

Desde una perspectiva ética, hay que recordar que la principal razón de ser de las cárceles es la rehabilitación y reinserción social de los detenidos, presos y penados, además de su retención y custodia. Pero esta retención y custodia son sólo físicas, en modo alguno pueden suponer una restricción a su libertad de pensamiento o a los otros

²⁸ Luna, F: “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, Jurisprudencia Argentina, IV, Fascículo N° 1, 2008.

derechos personalísimos de los seres humanos. Toda persona tiene su ideal de perfección y felicidad, y su específico proyecto de vida. Cuando estos ideales y proyectos se ven comprometidos y amenazados de forma tan brutal, es posible que la idea de vivir bajo esas condiciones no resulte muy atractiva. Por muy encarcelado que se esté, esa libertad de pensamiento permanece o debe permanecer incólume, y al renunciar a vivir y procurar hacer efectiva esa renuncia activamente, no es más que un ejercicio de libertad –como lo sería igualmente el colaborar activamente en el tratamiento prescrito por los médicos-, que a nadie afecta y que, en nuestra opinión y desde una perspectiva puramente ética, adelanto, debe ser respetado.

Capítulo III. Control y dominación. El sistema penal y el sistema carcelario. Interacciones. La peligrosidad y el miedo como formas de control social extrapenal. El interno privado de su libertad. Sujeción y obediencia. Las condiciones de encierro. La responsabilidad estatal en la custodia de las personas legalmente privadas de su libertad y respecto de las condiciones carcelarias de cumplimiento de la pena. Conflicto de intereses.

*La prisión no ha sido al principio una privación de libertad
a la cual se le confiriera a continuación una función técnica de corrección;
ha sido desde el comienzo una “detención legal” encargada de un suplemento correctivo, o también,
una empresa de modificación de los individuos
que la privación de libertad permite hacer funcionar en el sistema legal.*

Michel Foucault. “Vigilar y Castigar”.

La sentencia a ejecutar, si es que impone una condena de prisión, o el auto de prisión preventiva a cumplimentar, constituyen el acta fundacional de una relación jurídica peculiar entre el Estado y el ciudadano que ingresa, penado o preso, en un establecimiento penitenciario. La singularidad de este vínculo teórico, abstracto, se materializa en un entramado de derechos y deberes recíprocos interno-Administración Penitenciaria, contemplado básicamente en la legislación penitenciaria, inexistente en el caso de los ciudadanos que no están encarcelados.

Estas son conocidas como “relaciones especiales de sujeción”, que están impregnadas, de una u otra forma, de la idea motriz de la responsabilidad que incumbe al Estado de velar por la vida, integridad y salud de quienes están sometidos a su custodia en un establecimiento penitenciario, en una peculiar posición de garante.

Bien, si por un lado, la Administración Penitenciaria debe salvaguardar la vida, integridad y salud de los internos, colocándose así en una posición de garante y, por otro, si está legitimada para emplear los medios coercitivos necesarios para evitar daños

de los internos a sí mismos, se puede colegir que incurriría en responsabilidad si, ante acciones u omisiones de los propios internos que pueden poner en peligro su vida, su integridad física o su salud, no actúa evitando el resultado, sobreponiéndose, incluso por la fuerza, a la propia voluntad del interno,

Relación especial de sujeción interno-Administración Penitenciaria regulada por normas (Ley Penitenciaria) que pueden limitar derechos reconocidos a las personas no privadas de libertad; deber de la última de velar por la vida, integridad y salud de los internos, con lo cual se sitúa en una posición de garante y, por último, utilización de los medios coercitivos previstos para evitar daños de los internos a sí mismos.

Los internos aquejados de enfermedades graves en las que se pudiera pronosticar un desenlace fatal, aunque su producción no fuese ni inmediata ni siquiera cercana en el tiempo, no gozarían de los derechos que, relacionados con su autonomía como pacientes se reconocen al resto de los ciudadanos, y ello en virtud del deber de la Administración de velar por su vida, integridad y salud que, de esta forma, se sobrepone y tiene supremacía sobre aquellos; en definitiva, se produciría una limitación de los derechos del interno por la relación especial de sujeción que le vincula con la Administración Penitenciaria.

El poder disciplinar, que incide sobre los cuerpos y las mentes a través de los mecanismos de vigilancia, es el contenido del concepto de panóptico de Michel Foucault. Ese poder normatizador del Estado suele usar a la pena de prisión como una forma de control penal extrasocial sobre la persona sometida a su poder, más allá de la propia limitación de la libertad física que acarrea por definición. Esto evidencia que la aplicación de una pena privativa de la libertad conlleva, más allá de la propia limitación de la libertad individual, una intencionalidad ejemplificadora que instrumentaliza al interno y lo emplea como un medio para provocar alarma social y apego al

cumplimiento de la norma, no por convencimiento o propia decisión del cumplimiento del deber ser, sino como forma de evitar el castigo.

El objetivo de ese control social no es otro que el disciplinamiento de la persona a través del disciplinamiento de los cuerpos. En la huelga de hambre, la disyuntiva que enfrenta la Administración Penitenciaria es percibida como una dicotomía “respeto/debilidad”: si la Administración permitiera la vigencia de la huelga de hambre sólo dos caminos son posibles: hacer caso omiso a la justa causa que originó la huelga, lo que necesariamente terminaría en un daño a la integridad corporal del interno o directamente terminaría con su vida; o admitir la justicia de la justa causa, ceder a los reclamos del interno y modificar la situación puesta en cuestionamiento, lo cual sería percibido por la sociedad como una debilidad, como una flaqueza frente a la “extorsión” del interno.

El verdadero problema a discutir parece centrarse no en la licitud de la huelga de hambre sino el de qué puede hacer o debe hacer la Administración Penitenciaria cuando los internos en huelga de hambre llegan a una situación de extremo peligro para su vida y salud.²⁹

Como podemos apreciar, la controversia en los casos en que la persona se encuentra, además, privada de su libertad por orden de autoridad competente aumenta exponencialmente. Esto se debe a la especial relación de sujeción que se da entre el interno y la Administración Penitenciaria. Cuando la salud o la vida de un prisionero comienza a deteriorarse por la huelga de hambre, deberá tomarse una decisión en cuanto deberá realizarse una intervención sobre la integridad física del huelguista sin su

²⁹ Alvarez Carreño S. M. “¿Puede un Juez Permitir la Alimentación Forzosa de Presos en Huelga de Hambre? (Comentario a la STC 50/90, de 27 de junio de 1990)”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 11, 1991.

consentimiento, o simplemente, asistir a su progresiva extinción como consecuencia del método de protesta elegido.

Desde una perspectiva ética, la controversia que aquí se suscita confronta la autonomía que cada uno de nosotros detentamos para nuestra autodeterminación y la toma de decisiones personalísimas, que incluye el cuidado (o ausencia de cuidado) de nuestra propia salud, y en la medida que no afecte arbitrariamente derechos o intereses de terceros, y la obligación moral de actuar en el mejor interés de otros, conocido como el principio de beneficencia.

El dilema así planteado enfrenta dos abordajes totalmente contrapuestos: respetar la decisión del interno que considera que una intervención sobre su cuerpo sin su consentimiento constituye una agresión y una vulneración a su autonomía, y, en consecuencia, a su dignidad. Es que la dignidad solo puede ser respetada si el proceso de toma de decisiones no es restringido y si se toman en cuenta los deseos, creencias, valores, preferencias y convicciones personales. Y una segunda mirada que entiende que es preferible autorizar una intervención forzada de manera de detener la huelga de hambre. Consideran, en este sentido, que la vida es un bien de jerarquía superior que tiene preeminencia por sobre otros derechos.

En efecto, se entiende que la posición de garante del Estado frente a las personas privadas de la libertad se traduce en la *“idea fundamental de que el Estado al privar de la libertad a una persona asume una responsabilidad especial de la que surgen deberes concretos de respeto y garantía de sus derechos, y de la que surge una fuerte presunción de responsabilidad internacional del Estado con respecto a los daños que sufren las personas mientras se encuentren bajo su custodia”*³⁰.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, 31/12/11.

La Comisión Europea de Derechos Humanos continuó esta línea al confirmar la validez de la alimentación forzada de un preso en huelga de hambre³¹.

Este poder de alimentación forzada del Estado respecto de los sujetos por él privados legalmente de la libertad, puede ser concebido desde la Bioética como una intervención desproporcionada en la intimidad del sujeto huelguista, no ya sólo con el objetivo de cuidar y garantizar su derecho a la salud y a la vida, sino como una imposición de vivir, aún a pesar de su decisión autónoma de arriesgar su propia vida en pos de obtener un reconocimiento de su indigna realidad y un compromiso de mejorarla^{32, 33}.

El llamado “derecho penal del enemigo” es una expresión acuñada por Günther Jakobs³⁴, refiriéndose así a las normas que en el Código Penal Alemán sancionaban conductas aún cuando las mismas no hubieran afectado el bien jurídico tutelado, ya que ni siquiera había un principio de ejecución, sino que se castigaba al autor por el solo hecho de su peligrosidad. Tal perspectiva adquirió fuerza social especialmente luego del atentado a las Torres Gemelas, cuando Jakobs centró la legitimidad del derecho penal del enemigo en el derecho de los ciudadanos a la obtención de un mínimo de seguridad frente a quienes actúan con total prescindencia de la consideración hacia el otro como sujeto humano. En este orden de ideas, afirma que es necesario distinguir entre quienes delinquen por haber cometido un error y aquellos que delinquen con la finalidad de destruir el ordenamiento jurídico. Los primeros son personas y deben ser

³¹ Caso X vs. Alemania (1984). *“las autoridades no han hecho en este caso sino actuar de la mejor forma en interés del demandante al escoger entre respetar la voluntad del interesado de no aceptar absolutamente ningún alimento y correr así el riesgo de verle sufrir daños duraderos o incluso morir, o reaccionar tratando de asegurar su supervivencia sabiendo que dicha reacción podía atentar contra su dignidad humana”*

³² Foucault M. “Defender la Sociedad”. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires 2001. Pág. 217. *“uno de los fenómenos fundamentales del siglo XIX fue y es lo que podríamos llamar la consideración de la vida por parte del poder; por decirlo de algún modo, un ejercicio del poder sobre el hombre en cuanto ser viviente, una especie de estatización de lo biológico o, al menos, cierta tendencia conducente a lo que podría denominarse la estatización de lo biológico”*

³³ Foucault M. Op.cit. pág. 223. *“más acá, por lo tanto, de ese gran poder absoluto, dramático, sombrío que era el poder de la soberanía, y que consistía en poder hacer morir, he aquí que con la tecnología del biopoder, la tecnología del poder sobre la población como tal, sobre el hombre como ser viviente, aparece ahora un poder continuo, sabio, que es el poder de hacer vivir”*

³⁴ Günther J. – Cancio M. “Derecho Penal del Enemigo” Thomson Civitas. 1985.

tratados como tales, pues ofrecen una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal. A quienes no ofrecen tal garantía, el Estado no debe tratarlos como persona, pues entonces vulneraría el derecho a la seguridad de los demás ciudadanos.

Esta visión del derecho penal del enemigo es la que sustenta la falsa dicotomía “derechos individuales – seguridad”. La experiencia nacional e internacional nos exhibe como una realidad que se ha ido instalando paulatinamente, que la persona que viola la norma es juzgada más allá de la formalidad de su acto, por su potencial peligroso para la sociedad. Y contra la peligrosidad, sólo cabe la defensa como mecanismo de protección. Quienes estando privados legalmente de su libertad, en vez de conformarse a la norma (respeto y conformidad con su situación carcelaria) desafían el *status quo* reclamando por mejores condiciones, colocando en entredicho a la propia autoridad del sistema penitenciario, son percibidos como peligrosos, ergo, nuevamente merecen ser disciplinados de manera de exhibir y reafirmar la fortaleza del castigo y su ejemplaridad³⁵.

Cuando las condiciones carcelarias se toman inhumanas, indignas, son un efectivo caldo de cultivo para las reacciones violentas de los internos. Violencia que se expresa no sólo hacia terceros, sino que especialmente se vuelve una “auto-violencia”: el único medio que el preso encuentra de hacer oír su voz silenciada intramuros, es con la exposición de su cuerpo, en el sentido de “presentar algo para que sea visto, manifestarlo, hablar de algo para darlo a conocer”³⁶. A través de la huelga de hambre, el interno expone su realidad –que la sociedad extracarcelaria ignora- interpelando a esa

³⁵ Foucault M. “Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión”. Siglo XXI Editores. 17 Edición. 1976. “*El suplicio penal no cubre cualquier castigo corporal: es una producción diferenciada de sufrimientos, un ritual organizado para la marcación de las víctimas y la manifestación del poder que castiga, y no la exasperación de una justicia que, olvidándose de sus principios, pierde toda moderación. En los excesos de los suplicios, se manifiesta toda una economía del poder*”

³⁶ Diccionario de la Real Academia Española

misma sociedad y exigiendo que su realidad sea modificada y que no sobrepase los límites de la dignidad. El castigo (la privación legal de la libertad) se desvanece en su legitimidad cuando las condiciones de su cumplimiento conculcan (o se entiende que conculcan) principios mínimos de humanidad, respeto y dignidad.^{37, 38}

³⁷ Foucault M. Op.cit. “La prisión fabrica también delincuentes al imponer a los detenidos coacciones violentas; está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas; ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el modo de abuso de poder. Arbitrariedad de la administración: El sentimiento de la injusticia que un preso experimenta es una de las causas que más pueden hacer indomable su carácter. Cuando se ve así expuesto a sufrimientos que la ley no ha ordenado ni aún previsto, cae en un estado habitual de cólera contra todo lo que lo rodea; no ve sino verdugos en todos los agentes de la autoridad; no cree ya haber sido culpable: acusa a la propia justicia”.

³⁸ “Yo he sido designado juez de la colonia penitenciaria. A pesar de mi juventud. Porque yo era el consejero del antiguo comandante de todas las cuestiones penales, y además conozco el aparato mejor que nadie. Mi principio fundamental es éste: la culpa es siempre indudable. Tal vez otros juzgados no siguen este principio fundamental, pero son pluripersonales y además dependen de otras cámaras superiores. Éste no es nuestro caso, o por lo menos no lo era en la época de nuestro antiguo comandante. El nuevo ha demostrado, sin embargo, cierto deseo de inmiscuirse en mis juicios, pero hasta ahora he logrado mantenerlo a cierta distancia, y espero seguir lográndolo. Usted desea que le explique este caso particular; es muy simple, como todos los demás. Un capitán presentó esta mañana la acusación de que este individuo, que ha sido designado criado suyo, y que duerme frente a su puerta, se había dormido durante la guardia. En efecto, tiene la obligación de levantarse al sonar cada hora, y hacer la venia ante la puerta del capitán. Como se ve, no es una obligación excesiva, y sí muy necesaria, porque así se mantiene alerta en sus funciones, tanto de centinela como de criado. Anoche el capitán quiso comprobar si su criado cumplía con su deber. Abrió la puerta exactamente a las dos, y lo encontró dormido en el suelo. Cogió la fusta, y le cruzó la cara. En vez de levantarse, y suplicar perdón, el individuo aferró a su superior por las piernas, lo sacudió y exclamó: “Arroja ese látigo o te como vivo”. Éstas son las pruebas, El capitán vino a verme hace una hora, tomé nota de su declaración y dicté inmediatamente la sentencia. Luego hice encadenar al culpable. Todo esto fue muy simple. Si primeramente lo hubiera hecho llamar, y lo hubiera interrogado, sólo habrían surgido confusiones. Habría mentido, y si yo hubiera querido desmentirlo habría reforzado sus mentiras con nuevas mentiras, y así sucesivamente. En cambio, así lo tengo en mi poder, y no se escapará. ¿Está todo aclarado?”. Franz Kafka. “En la Colonia Penitenciaria”. Terapias Verde, Navona, 2009

Capítulo IV. La hidratación y alimentación forzada. ¿Procedimiento médico o cuidado fundamental? La finalidad y objetivos del procedimiento de hidratación y alimentación forzada. La relación asistencial en contexto de encierro forzoso. El rol del médico. La naturaleza jurídica y ética de la relación entre médico y preso: derechos y deberes. Conflicto de intereses. El enfoque desde una Teoría de los Derechos Humanos: la lógica del enemigo; la hidratación y alimentación forzada como un acto de tortura. Los cuestionamientos éticos.

*“Los internos que con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin lesionar la salud de otro, rechazan comida y cuidado médico no son personas incapaces cuyos intereses deban ser cuidados por las autoridades públicas. Son personas enfermas que aún detentan por completo su derecho a decidir si otorgarán consentimiento o rechazarán el tratamiento médico. Creo que si analizamos el problema aquí discutido desde tal perspectiva –una persona enferma que también es un interno- en vez que desde la perspectiva establecida hasta aquí –un interno quien también es una persona enferma- la solicitud de protección (no ser alimentado de manera forzada) habría sido reconocida”.*³⁹

Juez Leguina

Apasionadas discusiones produce la decisión de limitar o rechazar la hidratación y alimentación artificial. Más que en ninguna otra situación asistencial, los bandos parecen irreconciliables: por un lado, quienes opinan que la hidratación y alimentación artificial constituye un procedimiento médico que puede ser limitado, retirado o suspendido como cualquier otra indicación médica. Del otro lado se ubican quienes consideran que la alimentación e hidratación artificial son un cuidado básico y esencial que se debe a todo enfermo y que –por lo tanto- no pueden ser interrumpidos ya que ello implicaría justificar la muerte por inanición y deshidratación.

Hagamos un breve repaso por la literatura científica.

³⁹ *“Inmates that with great risk to their own health and life, but not harming other’s health, reject food and medical healthcare are not incapable persons whose limitations have to be covered by public authorities. They are sick persons who still have their complete right to decide whether to give their consent or to reject medical treatment. I believe if we are to approach the problem herein discussed from such perspective –a sick person who is also an inmate- instead from the perspective herein established –an inmate who is as well a sick person- the requested protection (not to be force fed) would have been granted”* (La traducción nos pertenece).

Conforme Douglas et alii ⁴⁰“*existe amplio consenso que las intervenciones médicas de abstención o interrupción de tratamientos son moralmente permisibles cuando son requeridas por pacientes competentes o, en los casos de pacientes que carecen de capacidad de decisión, cuando las intervenciones ya no le ofrecen beneficio o cuando las cargas asociadas a dichas intervenciones superan los beneficios recibidos. La interrupción o abstención de medidas como resucitación cardiopulmonar, respirador, y medicaciones de cuidados intensivos resultan decisiones ordinarias en el cuidado terminal de adultos y niños. En el caso de adultos, ha surgido consenso entre el derecho y la ética que la administración médica de fluidos o nutrición no resulta fundamentalmente diferente a cualquier otra intervención médica como puede ser el uso de respiradores; en consecuencia, puede ser evitada o interrumpida cuando un adulto competente o un subrogante legalmente autorizado solicita esta medida o cuando dicha intervención ya no le provea beneficio alguno al paciente*”.

La Sociedad Canadiense de Pediatría⁴¹ sostiene que “*la expresión nutrición e hidratación artificial se refiere a la nutrición e hidratación provista a través de medios artificiales como tubos de alimentación (sondas nasogástricas), vías intravenosas (nutrición parenteral total o parcial). En la actualidad, tanto los expertos en derecho como en ética sostienen que no existe ninguna diferencia entre abstenerse (no iniciar) o interrumpir un tratamiento médico. Sin embargo, muchas personas legas y algunos profesionales de la salud perciben a ambas opciones como diferentes. Aquellos que exhiben reservas a la interrupción de la nutrición e hidratación artificial pueden percibir como “natural” u “ordinario” a este tipo de tratamiento, en comparación con otras intervenciones médicas como la ventilación o diálisis, que de manera coincidente*

⁴⁰ Diekema D.S., Botkin J.R. and Committee on Bioethics. “Forgoing Medically Provided Nutrition and Hydration in Children.” *Pediatrics* 2009;124:813-822.

⁴¹ E Tsai; Canadian Paediatric Society, Bioethics Committee. “Withholding and withdrawing artificial nutrition and hydration”. *Paediatr Child Health* 2011;16(4):241-2

son asumidas como “antinaturales” o “extraordinarias”. Desde la perspectiva de aquellos que equiparan la nutrición e hidratación artificial con la “comida y bebida”, no es una intervención médica sino “la clase de cuidado que todos los seres humanos merecen recibir”. Todos los seres vivos necesitan alimento y agua para poder vivir, pero esa alimentación no cura por sí misma la enfermedad. La comida y bebida son centrales en las celebraciones de la vida en la mayoría de las culturas, y están asociadas fuertemente a emociones positivas. En consecuencia, la nutrición e hidratación artificial pueden simbolizar el cuidado y la compasión debida, más que cualquier otro tratamiento médico. Si la nutrición e hidratación artificial son percibidas a través de cualquiera de estos lentes, su suministro no es solo una obligación profesional, sino también ética”.

Para I. Maglio y Wierzba⁴² la consideración sobre el carácter ordinario y extraordinario de la hidratación y la alimentación artificial debe realizarse de modo contextual, en cada caso en particular, y no *a priori*, ya que cualquier procedimiento o elemento carece de atributos morales; en consecuencia la reflexión ética o la evaluación jurídica debe realizarse sobre las acciones en cada caso en particular.

Y afirman que “...para una debida caracterización de la alimentación e hidratación artificial, se debería tener presente que se trata de procedimientos médicos complejos e invasivos, con indicaciones y contraindicaciones; en donde cualquier análisis debe evaluar adecuadamente el objetivo perseguido con su implementación.”.

⁴² Maglio I. – Wierzba S.- “El Derecho en los Finales de la Vida”. La Ley, diario del 7/9/15, TLL 2015-E 1

La Corte Suprema Norteamericana⁴³ ha tenido oportunidad de expresarse al respecto, al concluir que la nutrición e hidratación artificial son, de hecho, procedimientos médicos.

La justicia australiana⁴⁴ se ha pronunciado en este mismo sentido, al remarcar que la provisión de hidratación y nutrición artificial es un tratamiento médico y debe estar sujeto al mismo proceso evaluativo que cualquier otro tratamiento. La pregunta es si la hidratación y nutrición, en el balance, confiere o no un beneficio para el paciente.

En nuestro país, y como ya lo hemos destacado, tanto el Código Civil y Comercial de la Nación como la Ley de Derechos del Paciente, reafirman la naturaleza de procedimiento médico de la hidratación y alimentación artificial, concepto reafirmado en la sentencia de nuestra Corte Suprema Nacional, en la Causa “M.A.D.”⁴⁵.

“La nutrición enteral mediante sondas de alimentación y la parenteral son consideradas formas de alimentación artificial puesto que exigen la inserción de dispositivos para poder conseguir una vía de administración. Son, por lo tanto, un tratamiento médico y no un cuidado básico, estando sujetas a indicaciones y contraindicaciones como cualquier otro tratamiento médico. Obviamente, debe sopesarse la proporcionalidad del tratamiento en cada caso y la consideración como desproporcionado de este tratamiento sólo debe hacerse en situaciones concretas en las que los efectos secundarios que produzcan superen los beneficios.....En conclusión, la instauración de cualquier tratamiento intervencionista en un paciente con enfermedad avanzada debe ir acompañada de unos criterios de una posible retirada. Estos criterios deben ser individualizados y basarse en la relación beneficio/riesgo de cada

⁴³ Washington v. Glucksberg, 521 U.S.702; 117 S. Ct. 2258; 117 S. Ct. 2302; 138 L. Ed. 2d 772: U.S. Supreme Court; 1997. Quill vVacco, 521 U.S. 793; 117 S. Ct.2293; 138 L. Ed. 2d 834: U.S. Supreme Court; 1997. Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261; 110 S.Ct. 2841; 111 L. Ed. 2d 224: U.S.Supreme Court; 1990.

⁴⁴ Re BWV (2003) VSC 173

⁴⁵ CSJN. D., M.A. s/ declaración de incapacidad. CSJ376/2013. 7/7/15.

*tratamiento, que varía en las distintas fases de la enfermedad. Es muy importante anticipar dichos criterios en el momento de la instauración del tratamiento, para facilitar la toma de decisiones cuando se vea indicada su retirada. Por otra parte, esta planificación permite reconocer adecuadamente el derecho que tiene el paciente capaz y adecuadamente informado a rechazar tratamientos (lo cual incluye tanto la no instauración como su retirada) aunque esto se traduzca en un acortamiento de la vida”.*⁴⁶

En consecuencia, comparto con la doctrina predominante en el tema, que la nutrición e hidratación artificial son procedimientos médicos, cuyo inicio, suspensión y/o modificación sigue a una indicación médica y requiere de la acción directa del galeno.

En este orden de ideas, debe destacarse que la nutrición e hidratación artificiales no se refieren a la nutrición e hidratación brindada a través de medios naturales, como comer y beber. Ninguno de nosotros come o se hidrata naturalmente a través de sondas o catéteres, que deben ser –además– implantados por un médico. Otros términos empleados en la literatura incluyen “nutrición e hidratación médicamente asistida” o “médicamente provista”; estas expresiones enfatizan la manera en que la nutrición e hidratación artificiales no difieren fundamentalmente de cualquier otro tratamiento médico. Si uno comparte esta afirmación, entonces los principios y procedimientos envueltos en la ponderación de la opción de limitar o rechazar la nutrición o hidratación artificial en la toma de decisiones médicas, son los mismos que se aplican en cualquier otra intervención técnica, como podría ser el caso del soporte ventilatorio.

⁴⁶ Documento elaborado por el Grupo de Trabajo “Atención Médica al Final de la Vida”. Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos

Como todo procedimiento médico, el paciente goza de plena autonomía para manifestar su opinión respecto del mismo, y detenta el derecho de aceptarlo, rechazarlo o revocar su anterior decisión.

Resulta claramente así, más aún si tomamos en cuenta lo afirmado por la Organización Panamericana de la Salud (PAHO, por su sigla en inglés)⁴⁷, cuando declaró: *“No todas las acciones dirigidas a mejorar la salud son éticamente aceptables. Más aún, la práctica de la salud pública no resulta éticamente neutral; más bien implica juicios de valor acerca de aquello que es correcto o equitativo. A los fines de integrar la ética en la salud, resulta necesario identificar y analizar el criterio y los principios éticos que se encuentran en juego; pueden ser muchos y hasta inclusive contradictorios. No puede asumirse simplemente que las actividades y políticas destinadas a mejorar la salud sean éticamente aceptables sin haberlas primero analizado desde el punto de vista bioético. Igualmente, no puede simplemente asumirse que las leyes se sancionan para clarificar o resolver todos los conflictos éticos. El derecho juega un rol crucial al establecer los estándares mínimos que deberían ser respetados. De todos modos, los parámetros legales son solo un aspecto de la conducta ética: la ética suele imponer frecuentemente acciones que van más allá de las exigencias de la ley. De hecho, no resulta posible y tampoco sería deseable que la ley pudiera cubrir el espectro completo de la vida moral de los individuos o las sociedades”*.

“Aún más, la historia ha demostrado que la ley puede requerir acciones que no son éticas y ciertas acciones éticas pueden no ser legales. Aún cuando éste no suele ser el caso, nos interpela a recordar que por más que la ley exija realizar algo no necesariamente resulta ético. La Ética, como una disciplina, permite el análisis y

⁴⁷ Pan American Health Organization. World Health Organization. 28th Pan American Sanitary Conference. 64th Session of the Regional Committee. “Bioethics: Towards the Integration of Ethics in Health”. Washington DC, USA. September 17-21, 2012.

reflexión continua sobre la ley y sobre aquello que puede ser exigido por la ley. Aún más, la Ética debe informar al Derecho”.

“Los Derechos Humanos han sido establecidos en instrumentos legalmente vinculantes que protegen a los individuos y grupos de las acciones que interfieren con sus libertades fundamentales y su dignidad humana. Estos instrumentos, como los tratados y las convenciones, resultan en consecuencia relevantes para la salud y han sido incorporados exitosamente al trabajo de PAHO. Resultan adecuados para trabajar con casos en los cuales los gobiernos han fallado en cumplir con sus obligaciones específicas bajo la ley. Claramente, los derechos humanos están éticamente justificados y codifican ciertos valores bioéticos básicos, como el respeto por las personas y la justicia. En consecuencia, estos instrumentos de derechos humanos proveen de un marco legal para el trabajo en Bioética. El hecho de que este marco existe, de todos modos, no inhibe la necesidad de la deliberación y análisis ético constante en aquellas situaciones complejas en las cuales se encuentra involucrada la salud”.

Las últimas experiencias con huelgas de hambre, especialmente la confrontación entre la Asociación Médica Mundial y el Gobierno de Turquía, y finalmente la práctica explícita de alimentación forzada en Guantánamo, llevaron a la Asociación Médica Mundial a revisar nuevamente su Declaración de Malta en 2006. Esta declaración revisada en 2006 explícitamente analiza cómo se armoniza el principio de autonomía del paciente (consentimiento informado y el derecho a rechazar un tratamiento médico) con el principio de beneficencia, y concluye que cuando surge un conflicto, la autonomía de una persona informada y competente prevalece como el principio rector. Esto es así ya que la obligación de actuar con beneficencia, incluye respetar los deseos individuales tanto como promover su bienestar y no necesariamente supone “prolongar

la vida a cualquier costo, desconociendo otros valores”. La obligación de minimizar el daño para el paciente no solamente significa minimizar el daño a la salud sino también la prohibición de instaurar tratamientos médicos en contra de su voluntad, ni mucho menos autoriza a ejercer coacción alguna para ello. En consecuencia, el individuo competente y bien informado, capaz de comprender los alcances de su decisión, no puede ser tratado en contra de su voluntad. Pueden rechazar alimento o expresar su voluntad anticipada de rechazar alimento para cuando no tengan capacidad para realizar sus propias decisiones.

La Asociación Médica de Turquía ha afirmado que la alimentación y el tratamiento médico de los internos en huelga de hambre contra su propia voluntad violan el principio de consentimiento informado en relación al derecho a rechazar tratamiento médico. También destaca la dificultad de los profesionales de la salud en garantizar la confidencialidad de los internos.

En este sentido, la Asociación Médica Mundial ha afirmado que la alimentación forzada de un huelguista no está nunca permitida, porque viola el principio de autonomía. Y sostuvo *“nunca está éticamente permitida la alimentación forzada. Aún cuando su intención sea brindar un beneficio, la alimentación acompañada por coerción, amenazas, fuerza o uso de sujeción física es una forma de trato inhumano y degradante. Igualmente inaceptable es la alimentación forzada de los detenidos para intimidar o coaccionar a otros huelguistas a deponer su actitud”*.⁴⁸

⁴⁸ Table 1. Selected Excerpts from Medical Ethics Codes and Conventions Addressing Clinicians Roles in Interrogation. United Nations General Assembly. Principles of Medical Ethics Relevant to the Protection of Prisoners Against Torture (1982).

It is a gross contravention of medical ethics, . . . for health personnel, particularly physicians, to [1] engage, actively or passively, in acts which constitute participation in, complicity in, incitement to or attempts to commit torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, . . . [2] be involved in any professional relationship with prisoners or detainees the purpose of which is not solely to evaluate, protect or improve their physical and mental health, . . . [3] (a) apply their knowledge and skills in order to assist in the interrogation of prisoners . . . in a manner that may adversely affect the physical or mental health or condition of such prisoners . . . ; (b) certify, or to participate in the certification of, the fitness of prisoners . . . for any form of treatment or punishment that may adversely affect their physical or mental health . . . or to participate in any way in the infliction of any such treatment or punishment . . . , [4] participate in any procedure for restraining a prisoner . . . unless such a procedure is determined in accordance with purely medical criteria as being necessary for the protection of the physical or mental health or the safety of the

En palabras de la Asociación Médica Mundial, la alimentación forzada en estas circunstancias no sólo tipifica una falta ética sino que además, en contexto de conflicto armado, resulta en una violación del art. 3 de la Convención de Ginebra de 1949 y de la Convención contra la Tortura. Claramente, ha expresado que “*resulta ético permitir que un huelguista de hambre muera con dignidad antes que someter a esa persona a repetidas intervenciones contra su propia voluntad*”.⁴⁹

En este contexto, incentivar la confianza entre los médicos y los huelguistas suele ser la clave para alcanzar una resolución que respete tanto los derechos de los huelguistas y minimice el daño para ellos. Ganar la confianza puede crear oportunidades para resolver situaciones conflictivas. La confianza depende del médico que provea una

prisoner or detainee himself . . . and presents no hazard to his physical or mental health.
World Medical Association. Guidelines for Medical Doctors concerning Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in relation to Detention and Imprisonment, [Declaration of Tokyo] (1975).
The doctor’s fundamental role is to alleviate the distress of his or her fellow men, and no motive whether personal, collective or political shall prevail against this higher purpose.
The doctor shall not countenance, condone or participate in the practice of torture or other forms of cruel, inhuman or degrading procedures, whatever the offence of which the victim of such procedure is suspected, accused or guilty, and whatever the victim’s belief or motives, and in all situations, including armed conflict and civil strife.
The doctor shall not provide any premises, instruments, substances or knowledge to facilitate the practice of torture or other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or to diminish the ability of the victim to resist such treatment. The doctor shall not be present during any procedure during which torture or other forms of cruel, inhuman or degrading treatment are used or threatened.
American Psychiatric Association (2006).
No psychiatrist should participate directly in the interrogation of persons held in custody . . . Direct participation includes being present in the interrogation room, asking or suggesting questions, or advising authorities on the use of specific techniques of interrogation with particular detainees. However, psychiatrists may provide training to military or civilian investigative or law enforcement personnel on recognizing and responding to persons with mental illnesses, on the possible medical and psychological effects of particular techniques and conditions of interrogation, and on other areas within their professional expertise.
American Medical Association (2006).
Physicians must neither conduct nor directly participate in an interrogation, because a role as physician-interrogator undermines the physicians’ role as healer and thereby erodes trust in both the individual physician-interrogator and in the medical profession. Physicians should not monitor interrogations with the intention of intervening in the process, because this constitutes direct participation in interrogation. Physicians may participate in developing effective interrogation strategies that are not coercive but are humane and respect the rights of individuals. When physicians have reason to believe that interrogations are coercive, they must report their observations to the appropriate authorities. If authorities are aware of coercive interrogations but have not intervened, physicians are ethically obligated to report the offenses to independent authorities that have the power to investigate or adjudicate such allegations.
Royal College of Psychiatrists (2006).
The Royal College of Psychiatrists welcomes the following statements in the Surgeon General’s Policy Letter Medical Support to Persons Detained by UK Forces whilst on Operations:
a. “It is a gross contravention of medical ethics, as well as an offence under applicable international instruments and UK law for health personnel, particularly registered medical practitioners, to engage, actively or passively, in acts which constitute participation in, complicity in, incitement to or attempts to commit torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”
b. “Health personnel are only to be involved in professional relationships with prisoners or detainees for the purposes of evaluating, protecting or improving their physical and mental health.”
c. “Health personnel are not to: i. Apply their knowledge and skills in order to assist in the interrogation of prisoners and detainees in a manner that may adversely affect their physical or mental health; this includes certifying or stating that a detainee meets a specific mental or physical standard for interrogation. ii. Certify, or to participate in the certification of, the fitness of prisoners or detainees for any form of treatment or punishment that may adversely affect their physical or mental health, or to participate in any way in the infliction of any such treatment or punishment. iii. Question detainees about matters unless they are relevant to their medical care.”

⁴⁹ Task Force Report. “Ethics Abandoned: Medical Professionalism and Detainee Abuse in the War of Terror”. Institute on Medicine as a Profession. Columbia University, College of Physicians and Surgeons, New York. November 2013. www.imapny.org.

información exacta y franca acerca de los límites sobre lo que pueden o no hacer, incluyendo las situaciones en las cuales no pueden garantizar la confidencialidad.⁵⁰

*“Los médicos deben convencerse de que el rechazo de alimentos o tratamiento es una elección voluntaria de la persona. Las personas en huelga de hambre deben saber que la coerción puede venir del grupo de pares, las autoridades u otros, como los familiares”*⁵¹, por ello la labor de los profesionales de la salud resulta trascendente, aún más en situación de encierro forzoso. No sólo evaluarán la salud del paciente, monitorearán su evolución, sino que además garantizarán que su voluntad sea respetada y que los perjuicios sean minimizados.

En lo referente a la relación médico-paciente, la legislación general de nuestro país (Ley General de Sanidad de 1986, Reglamento Penitenciario de 1996 y Ley de Autonomía de los Pacientes de 2002) establece taxativamente la obligatoriedad del consentimiento informado de los pacientes, de todos los pacientes, sin que el encarcelamiento sea causa de excepción, para cualquier actuación médica sobre ellos. Desde una perspectiva ética y también legal, deben de respetarse las decisiones de toda persona competente, en pleno uso de sus facultades que sólo a él le afecten y competan. En estos supuestos, no debe haber cortapisas a la voluntad libremente expresada. Dicho de otra manera: en ese contexto, toda persona tiene derecho a tomar decisiones irracionales siempre que sean razonadas y por más que el resto del mundo no comparta el razonamiento.⁵²

El médico debe informar al huelguista que no está allí como un oficial de la prisión para convencerlo de abandonar su protesta. Los médicos están allí para garantizar la salud de los prisioneros, responder a sus preguntas, explicar el mecanismo metabólico

⁵⁰ Task Force Report. Op.cit.

⁵¹ Asociación Médica Mundial. Declaración de Malta. Artículo 14.

⁵² https://elpais.com/diario/2006/12/19/salud/1166482804_850215.html

del organismo durante la huelga de hambre y, fundamentalmente, para mantener un canal constante de comunicación con el prisionero. Uno de los aspectos más relevantes del rol médico es asegurar que la dignidad del prisionero no se vea comprometida.

Asimismo, los médicos deben proteger su propia independencia de criterio. Esto significa que no pueden permitir que terceros ejerzan influencia alguna sobre su juicio clínico y tampoco permitir ningún tipo de presión que pueda derivar en una violación de principios éticos, como puede ser solicitar su intervención por razones no clínicas.

El papel del médico en estos casos comienza por establecer las intenciones del huelguista y cuán resuelto está de continuar en la huelga. La voluntad de la huelga de hambre es un principio determinante: la decisión debe ser solo y únicamente del propio huelguista, en tanto ello implica la integridad corporal, el derecho a rechazar un tratamiento médico y la vida.

Como parte de su responsabilidad profesional, el médico precisa realizar una completa anamnesis del paciente para evaluar la competencia en la toma de decisiones. Si el rechazo de la alimentación resulta una manifestación de un desorden mental (como puede ser la depresión, la psicosis o la anorexia), entonces no estamos frente a una huelga de hambre y el profesional deberá dirigir todas sus estrategias a tratar la condición mental subyacente.

El galeno también deberá distinguir los comportamientos suicidas de aquellos cuyo objetivo es realizar una declaración política o una protesta aún cuando ello suponga arriesgar la vida. Ello demostrará que el prisionero realmente procura un objetivo político que, en su mirada, lo beneficiará o beneficiará a su comunidad, aun cuando ello pueda suponer su muerte si no es escuchado.

Los médicos también deben aconsejar a los prisioneros sobre las consecuencias clínicas de la huelga de hambre, demostrando respeto por su autonomía y su derecho a

tomar sus propias decisiones. Se le deberá preguntar si aceptará tratamiento o alivio del dolor cuando su salud comience a deteriorarse, así cómo se deberá proceder con la comida y la medicación en caso de que se tornen incompetentes a raíz de la propia huelga de hambre. El médico podrá ayudar al prisionero a preparar una directiva médica anticipada para garantizar que sus deseos serán respetados, manteniendo la confidencialidad acerca de ese documento. Asimismo, podrá aconsejar acerca de la posibilidad de aumentar la toma de fluidos, nutrientes u otros mecanismos que ayuden a preservar la salud del huelguista.

La última tarea del médico es la efectiva comunicación con las autoridades. El profesional de la salud será, entonces y además, el amplificador de la voz silenciada del huelguista, comprometiéndose a hacer valer sus derechos, muy especialmente, su decisión autónoma. Será un garante para ambas partes en conflicto: el interno deposita su salud y su vida en el médico, confiándole su voluntad y amparándose en su protección; y la Administración verá en el médico la persona que le asegurará que la decisión del prisionero es libre y voluntaria, en procura de un fin legítimo, que es aquél que interpela no solo a la Administración Penitenciaria sino, también, a toda la sociedad: cómo tratamos a quienes se apartan de la legalidad, cómo concebimos el castigo penal, cómo respetamos la dignidad ontológica, más allá de la indignidad moral.

La persona que cumple con una pena privativa de la libertad y precisa de la atención de su salud, pueda ver más allá de las rejas, de la disciplina penitenciaria y del constreñimiento de su libertad ambulatoria, al médico como aquél profesional que prestará todo su saber para protegerlo y contenerlo. Porque, según F. Maglio⁵³, dentro de una formación biologicista-positivista, la Facultad de Medicina enseña(ba) a interrogar y no a escuchar. Con el interrogatorio estamos **al lado** del enfermo, pero con

⁵³ Maglio F. "Los pacientes me enseñan. Puentes entre el interrogatorio y el escuchatorio". Libros del Zorzal. 2011.

el escuchatorio, estamos **del lado** del enfermo. Y la persona privada de la libertad en huelga de hambre es, ante todo, un paciente sin más paciencia para seguir soportando aquello que generó esa decisión extrema, que a la sazón, es un interno en una prisión⁵⁴, siendo en reiteradas oportunidades objeto de “interrogatorios” y escasas veces “escuchado” en sus reclamos.

La realidad es que estamos en un campo, el de la salud pública, que comienza a desdibujar los límites del derecho penal, en tanto a todas luces la evidencia demuestra sus propias falencias como regulador de la conducta incriminada: la libertad y la dignidad del paciente, muy especialmente en contexto de encierro forzoso, determinan que el interés social se vuelque a conformar el interés individual, en tanto respeto al propio proyecto de vida, que incluye ya no solo cómo vivir sino, claramente, los objetivos a perseguir con nuestra conducta y el cómo y cuándo morir.

No escapa al enfoque que se propicia, que la doble lealtad es un problema omnipresente en las instituciones penitenciarias. El impacto que las instituciones carcelarias ejercen sobre la actividad de los profesionales de la salud que prestan servicios en ellas, es un constante desafío para estos.

En muchas situaciones, los profesionales de la salud se ven expuestos a situaciones dilemáticas dentro de las instituciones carcelarias: alterar los informes médicos o revelar sus hallazgos a las autoridades penitenciarias por cuestiones de seguridad institucional, confirmar la disposición personal para recluir en aislamiento a un interno, modificar las constancias médicas para proteger el accionar de los oficiales penitenciarios, etc.

⁵⁴ No obstante, es dable destacar que desde el año 1997 en la Carrera de Medicina que se dicta en la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires (UBA) las Asignaturas Bioética I y Bioética II son de carácter obligatorio. Dicho cambio curricular (sostenido en la tríada contenidos+habilidades+actitudes) pretende modificar sustancialmente la realidad respecto de la cual Francisco (Paco) Maglio presentara algunos años antes una mirada crítica, orientada a cuestionar la reproducción del modelo medico-hegemónico, desde las aulas, circunstancia que aun existe y persiste en el marco de la docencia hospitalaria.

Existe una tensión casi permanente entre proteger al paciente de un posible daño y participar en el castigo (o en “su control”) ejercido por los agentes penitenciarios.

Al comprender la existencia de esta doble lealtad, los profesionales de la salud asumen un compromiso de enfrentar este dilema y comprender que la participación en el castigo, represión o cualquier medida implementada desde el aparato punitivo estatal para controlar a los internos, puede dañar fuertemente la alianza terapéutica, inclusive, impedir brindar el cuidado médico debido.

Una cárcel no es un ambiente terapéutico. Tanto el prisionero como el médico penitenciario están sujetos a las reglas y medidas institucionales. Puede resultar altamente difícil y desafiante establecer una relación terapéutica porque el médico puede ser visto como “parte del sistema opresor y punitivo”. Asimismo, el médico deberá luchar con el conflicto de intereses y obligaciones que surgen en la atención médica dentro de una prisión. Deberá contrapesar su obligación hacia el paciente con su obligación administrativa hacia la institución. La primera consideración en la tarea médica es el deber de preservar la vida y minimizar el daño. El trabajo médico en prisión con prisioneros competentes en huelga de hambre demanda del médico que suspenda esta primaria obligación, respete la autonomía del paciente y cumpla las normas institucionales.

No se nos escapa que existen opiniones contrarias, o cuanto menos extremas, que afirman *“La huelga de hambre, sin embargo, no es asimilable ni a una ni a otra situación. El objetivo del huelguista no es terminar con su vida, sino hacer una demostración no violenta de fuerza y lograr que se corrija una situación que considera injusta; es decir, existe un doble efecto: la huelga de hambre es moralmente aceptada en tanto el objetivo sea justo y el riesgo vital no sea un objetivo en sí. Sin embargo, el llevar la huelga más allá de la no ingesta de alimentos, rechazando el tratamiento*

*médico cuando el riesgo vital es inminente, excede lo éticamente aceptable, y por lo tanto, el médico no está obligado a seguir tal directriz. Al contrario, su deber moral es tratar a este paciente, a pesar de que hacerlo implica realimentarlo; nuevamente se trata de un problema de doble efecto: el objetivo del médico es salvar la vida de una persona, no interferir con la huelga de hambre, aunque para lograr lo primero, necesariamente deba hacer lo segundo.*⁵⁵

A través de este proceso, luchamos con la tensión que existe entre un enfoque tradicional de los sistemas de salud en la identificación y tratamiento de una patología, y el imperativo de los derechos humanos en cuanto documentar todo problema que surja en el ámbito penitenciario y que puede afectar no sólo la salud, sino la integridad física y psíquica de los internos. En este contexto de encierro legal, los profesionales de la salud necesitan entender el serio riesgo de abuso que el paciente puede padecer así como el impacto de la doble lealtad en el trabajo asistencial⁵⁶; y privilegiar su compromiso con el paciente y el cuidado de su salud y vida en la medida por el preso considerada valiosa y adecuada.

En el dilema entre obedecer a la Administración Penitenciaria y honrar la relación asistencial, el profesional de la salud deberá decantarse por esta última, sabiendo que este deber legal hunde sus raíces en el juramento hipocrático, en una obligación ética cuyo desconocimiento o alteración pondría en crisis a la misma ciencia médica⁵⁷.

⁵⁵ Dr. Jaime Burrows. En <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/noticias/2010/09/22/medicos-y-huelga-de-hambre/>

⁵⁶ Glowa-Kollish S. – Graves J. – Dickey N. – MacDonald R. – Rosner Z. – Waters A. – Venters H. “Data-Driven Human Rights: Using Dual Loyalty Trainings to Promote the Care of Vulnerable Patients in Jail”. Health and Human Rights 2015.

⁵⁷ **COMO MIEMBRO DE LA PROFESIÓN MÉDICA....** Respetaré la autonomía y la dignidad de mi paciente..... No utilizaré mis conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades civiles, incluso bajo amenaza. Declaración de la Asociación Médica Mundial de Ginebra 1948

Capítulo V. Conclusiones y Propuestas.

El suplicio forma, además, parte de un ritual. Es un elemento en la liturgia punitiva, y que responde a dos exigencias. Con relación a la víctima, debe ser señalado: está destinado, ya sea por la cicatriz que deja en el cuerpo, ya por la resonancia que lo acompaña, a volver infame a aquel que es su víctima; el propio suplicio, si bien tiene por función la de “purgar” el delito, no reconcilia; traza en torno o, mejor dicho, sobre el cuerpo mismo del condenado unos signos que no deben borrarse: la memoria de los hombres, en todo caso, conservará el recuerdo de la exposición, de la picota, de la tortura y del sufrimiento debidamente comprobados. Y por parte de la justicia que lo impone, el suplicio debe ser resonante, y debe ser comprobado por todos, en cierto modo como su triunfo. El mismo exceso de las violencias infligidas es uno de los elementos de su gloria: el hecho de que el culpable gima y grite bajo los golpes, no es un accidente vergonzoso, es el ceremonial mismo de la justicia manifestándose en su fuerza.

Michel Foucault. “Vigilar y Castigar”.

La Bioética interpela al Derecho en general y al Derecho Penal en particular, cuestionando su propia función como regulador de las conductas humanas y su idoneidad para la resolución de los conflictos de derechos que surgen, por un lado, en la interrelación médico/paciente y, por el otro, en las relaciones personales amparadas – específicamente- por el derecho a la intimidad. Por ello se entiende a la Bioética como superadora del Derecho Penal, modificando su enfoque y sustrayendo de su dominio aquellas conductas que comprenden un ámbito de libre autodeterminación, de privacidad (en el sentido constitucional del término) pero que confrontan –mas no conculcan- con derechos de terceros, para dotarlas de un marco más respetuoso de los derechos e intereses en juego, intentando conciliar aquello que –en principio- se presenta como contrapuesto y adverso. De ello resulta la obligación de redimensionar el rol del Derecho Penal en cuanto regulador de las conductas personales que implican la propia autolimitación de derechos y que –necesariamente- requieren la participación coadyuvante de terceros para poder garantizar la disponibilidad del bien jurídico. Entiendo que, desde este punto de vista que propicio, la función del Derecho Penal debería limitarse a impedir la violación del bien jurídico en aquellos casos en que,

arbitrariamente, un tercero intente suprimir el ejercicio de un derecho contra la voluntad expresa del titular. En las situaciones de libre decisión del titular del bien jurídico, el Derecho Penal debería ceder su lugar –fundamentalmente- a la Bioética para que, en su caso a través mismo de la participación de un Comité de Ética y dentro del marco asistencial, se acompañe al médico y al paciente en el proceso de toma de decisiones que mejor respete la dignidad de la persona, lo cual implica –por propia definición- aquello que el mismo paciente considera responde a su mejor interés.

Frente a ello, surge entonces la necesidad de considerar a estas cuestiones como competencia propia del campo de la salud pública, el cual debe ser regulado primordialmente por normas científicas que faciliten el proceso de toma de decisiones, en un marco de intimidad y respeto de los derechos de todos los involucrados

Nuestra humanidad como agentes morales se afirma de esta manera. La dificultad de aplicar principios éticos a personas cuya conducta ha violado las condiciones de la decencia humana, destaca aún más la obligación de actuar éticamente con ellos.

Mucho del análisis de la ética médica en las decisiones de vida o muerte se basa en reconciliar el respeto al principio de la vida como valor primordial y fundante con el respeto a las decisiones individuales. La decisión de rechazar la nutrición es una de las pocas formas en que una persona, sin emplear armas o venenos, puede realizar una decisión de vida o muerte. En situaciones cotidianas en los hospitales, está ampliamente aceptado que el paciente puede rechazar su alimentación. La huelga de hambre en contexto de encierro trae a evaluación si la ética médica que se aplica a las personas que gozan de su libertad física, también pertenece a la relación médica que se establece con un interno dentro de la prisión.

Las autoridades penitenciarias detentan un legítimo interés en querer prevenir el suicidio y en mantener el control social sobre la salud y la seguridad dentro de la prisión. Empero, tanto en centros clínicos como políticos, la elección de rechazar alimentación o fluidos puede resultar un modo auténtico, sí que tal vez letal, de expresión de valores personales que pueden llevar –incluso- a terminar con la propia vida. Muchos estudios han demostrado que los prisioneros en huelga de hambre presentan una alta prevalencia de depresión o estrés post traumático, pero no necesariamente presentan tendencias suicidas o resultan incapaces de tomar sus propias decisiones⁵⁸.

La atención de la opinión pública sobre la huelga de hambre amplía los dilemas para la autoridad estatal cuyas políticas son desafiadas por la huelga. Permitir que el huelguista muera ratifica que las autoridades no valoran la persona de los prisioneros. La alimentación forzada para salvar su vida llama la atención sobre las terribles condiciones de vida que los prisioneros enfrentan. He aquí un dilema que trasciende el objeto propuesto en la presente investigación. Los dilemas que enfrenta el Estado (como ente organizado y que nuclea a todos los habitantes devenidos en ciudadanos), merecen un abordaje específico, que solo dejo planteado. Pero, queda claro, que no existe posibilidad alguna de satisfacer ambos intereses en simultáneo, y que necesariamente el Estado no solo debe optar por uno de estos abordajes sino que, además, ambas opciones acarrearán consecuencias nefastas para el fortalecimiento de la autoridad pública. Para algunos, nunca debe cederse a la “extorsión”, menos de quienes se encuentran en esa situación por haber violado la ley, desconociendo y/o no queriendo reconocer, al momento de cometer dicho acto, la dignidad, el honor, el patrimonio, la vida de su/s

⁵⁸ Brockman B. “Food refusal in prisoners: a communication or a method of self killing? The role of psychiatrist and resulting ethical challenges”. *J Med Ethics* 1999;25:451-6; Larkin E.P. “Food refusal in prison”. *Med Sci Law* 1991;31:41-4; Kalk W.J., Felix M., Snoey E.R. “Voluntary total fasting in political prisoners – clinical and biochemical observations”. *S Afr Med J* 1993;83:391-4.

víctima/s. Para otros, entre los que me encuentro, ningún sistema jurídico puede salir fortalecido si basa sus decisiones en el desconocimiento o vulneración de la libertad de decisión de sus ciudadanos. El daño que se deriva de la ignorancia de esta última opción es mucho mayor que el daño que se derivaría de ceder a los reclamos de los internos. La humanidad, nuestra humanidad, se ve conmocionada cuando ignoramos la humanidad del otro, aún cuando su conducta sea legítimamente reprochable. Si así nos comportáramos, no solo legitimaríamos el daño causado sino que, muy paradójicamente, no seríamos distintos a él.

Algunas organizaciones médicas han propuesto una serie de principios para regular la relación médica con los prisioneros en huelga de hambre⁵⁹. Esos documentos, por lo general, destacan la necesidad de respetar la decisión libre e informada de someterse a una huelga de hambre. Se basan en el derecho a la libertad de expresión reconocido expresamente en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que ampara toda forma de expresión a menos que cause una amenaza para los derechos de un tercero. En un contexto penitenciario, los derechos políticos, como el voto, el apoyo abierto a determinado partido político, la publicación de ideas se encuentran ampliamente restringidos. Suelen ser obstruidos, imposibles de practicar o hasta ilegales. Bajo estas circunstancias, la huelga de hambre que pone en riesgo la integridad física y hasta la vida, es una de las poquísimas maneras que tiene un prisionero de expresarse políticamente. De esta manera, el marco jurídico internacional, protege una forma efectiva de expresión y comunicación.

⁵⁹ Johannes Wier Foundation for Health and Human Rights. "Assistance in hunger strikes: a manual for physicians and other health personnel in dealing with hunger strikers". Amersfoort, Netherlands: JWFHHR, 1995; Tagawa BK, "Prisoner hunger strikes: constitutional protection for a fundamental right". *Am Crim Law Rev* 1983;20:569-98; Peel M. "Hunger Strikes". *BMJ* 1997;315:829-830; Ludwig G.A. "Hunger striking: freedom of choice or the state's best interest?". *N Engl J Crim Civ Confin* 1983;10:169-92; Silove D – Curtis J. – Mason C. et al. "Ethical considerations in the management of asylum seekers on hunger strike". *JAMA* 1996; 276:410-15.

En este contexto, el médico tiene cuatro (4) obligaciones fundamentales en relación al interno en huelga de hambre:

- 1) analizar la capacidad y competencia del huelguista. Una vez que se inicia la huelga de hambre, y a medida que ésta se prolonga en el tiempo, pueden aparecer síntomas de depresión, delirio, estupor que interfieran con la competencia para la toma de decisiones. El médico deberá realizar una anamnesis al inicio y durante la huelga de hambre, de manera que el prisionero sea capaz de comprender las consecuencias de su decisión y la posibilidad de consentir en el futuro su modificación, de los tratamientos médicos que se le puedan ofrecer y otras medidas que puedan tomarse para revertir su situación, incluso, resucitación cardiopulmonar. Para ello, el médico deberá asesorar al paciente/prisionero acerca de la posibilidad de realizar una directiva médica anticipada -en nuestro caso, en los términos del art. 60 CCyC- que respete su decisión en caso de inconsciencia u otra situación que limite su competencia. Asimismo, deberá erigirse en garante de la misma, de manera que la voluntad del prisionero sea respetada hasta el final. No está de más nuevamente destacar que la huelga de hambre es una decisión personalísima y que nunca puede aceptarse bioéticamente una decisión subrogada de realizar una huelga de hambre. Empero, si puede designarse en esa directiva médica anticipada a un subrogante para que tome las decisiones por el huelguista en caso de inconsciencia o cualquier otra situación que pueda afectar su competencia para consentir. Ese subrogante no puede ser ninguna autoridad o personal penitenciario. Tampoco, entendemos, podría ser otro interno, ya que pueden surgir situaciones de conflicto de interés, como enemistad o prebendas.

- 2) El médico también deberá evaluar la libertad de quien decide realizar una huelga de hambre. Para poder analizar la voluntad y autenticidad de su decisión, debe contarse con un ámbito de intimidad y privacidad, aún dentro del contexto mismo de encierro. Pero, nótese, que cuando este tipo de situaciones toman estado público la sociedad en pleno se erige en jurado de las decisiones tomadas por todas las partes involucradas, y cual efecto búmeran, aparecen cuestionamientos hacia las autoridades carcelarias por “blandas” y a los médicos tratantes por “poco profesionales” al no obligar al “delincuente” a comer. Evidentemente, no hay allí empatía ni una efectiva sensibilización sino un pedido de mayor paternalismo.
- 3) El médico debe asegurarse de que el potencial huelguista entiende y comprende las consecuencias médicas de su decisión. Deberá informarle acerca de los potenciales daños reversibles e irreversibles y cómo disminuir el riesgo o gravedad de los mismos.
- 4) El médico deberá ocuparse de supervisar la posible necesidad de hospitalización del prisionero, o su realimentación en caso de que decida suspender la huelga de hambre o acepte algún tratamiento médico.

Estas responsabilidades echan luz sobre los contornos de una política pública de respeto a la relación médico-paciente en contextos de encierro legal. Los gobiernos deben permitir que un interno ejerza su derecho a la libertad de expresión aún estando en prisión. Y también deben garantizar el acceso a una atención médica de calidad y neutral, sin interferir en la relación médico-paciente ni mucho menos obligando a los profesionales a asumir conductas que violentan su juramento hipocrático, como puede ser el caso de la alimentación forzada de un huelguista.

Las huelgas de hambre pueden presentarse bajo distintas formas. Algunas implican a ciudadanos libres, otras a prisioneros. Algunas son protestas individuales y otras colectivas. Algunas tienen objetivos legítimos y otras procuran lo imposible. Todas estas variantes deben ser tenidas en cuenta en el análisis ético y legal de la huelga de hambre.

Medidas como la alimentación forzada implican la violación de la normativa internacional de protección a los derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, y las Convenciones de Ginebra.

Todas las personas privadas de su libertad deben ser tratadas con humanidad y respeto por su inherente dignidad como persona humana. (art. 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

De acuerdo con los Principios de Ética Médica sentados por Naciones Unidas (1982), los profesionales de la salud tienen el deber de proteger la integridad física y psíquica de los detenidos, de cualquier tipo y en cualquier circunstancia, así como brindar el mismo standard de cuidado que a las personas en libertad.

En cuanto al análisis eminentemente ético de la huelga de hambre, traigo a colación un excelente trabajo chileno⁶⁰, citando algunas de sus consideraciones.

“La huelga de hambre sitúa al equipo sanitario ante un desafío no menor, en tanto la conducta del huelguista somete la suya a condiciones del todo ajenas a los pilares sobre los que se sustenta su quehacer profesional: no causar daño, mantenimiento y recuperación de la salud, beneficencia, etc. No obstante, atendiendo a las bases éticas de su propia actividad, el equipo de salud debe evitar caer en la tentación de juzgar la

⁶⁰ Bórquez Polloni B. – Montero Vega A. – Riquelme Gajardo E. – San Martín Toloza C. – Valenzuela Puchulu S.. “Huelga de hambre en adolescentes: un desafío ético para el equipo de salud”. Revista Bioética y Derecho. Num 27, Enero 2013.

legitimidad o procedencia de la medida adoptada, pues inevitablemente predispondrá su conducta a los sentimientos de rechazo o aceptación que se experimenten, lo que podría dar inicio a un potencial conflicto de intereses”.

Agregan que en *“la doctrina de la bioética secular actual se ha levantado con fuerza y de modo bastante argumentado, el hecho de que las decisiones que involucran valores asociados a la salud deben respetar la condición de sujetos morales de los pacientes, sus familias y la comunidad. Este equilibrio de valores personales y comunitarios se inserta enriqueciendo la larga tradición médica de primum non nocere. Sin embargo, ni la autonomía como se comprende desde la Bioética, ni la consideración de sujetos de derecho, ni la alusión a una relación médico-paciente basada en el no dañar, permiten responder con facilidad las innumerables consideraciones mencionadas en una huelga de hambre”.*

Recordar que las acciones que descansan en el principio de autonomía deben contener tres requisitos: conocimiento, intención y ausencia de coacción⁶¹.

Desde este enfoque resulta imposible de justificar la alimentación forzosa de los internos que detentan conocimiento, intención y libertad de acción y no han brindado su consentimiento. La actuación en beneficio de una persona no resulta una medida paternalista si es aceptada por el propio interesado. La voluntad de aceptar o solicitar esta asistencia es un elemento clave a la hora de evaluar dicha acción como éticamente correcta.

Tal como lo afirma García Guerrero⁶²: *“desde este enfoque, autonomía y acciones en el mejor interés de terceros son dos caras de la misma moneda. No puede existir conflicto alguno entre la vida y la libertad, en tanto solo la vida con libertad (libertad de elección) merece ser vivida. El principio ético de no maleficencia establece que solo*

⁶¹ García Guerrero J. “Hunger striking in prisons: ethics and the ethical and legal aspects”. Rev Esp Sanid Penit 2013;15:8-15.

⁶² García Guerrero. Op.cit.

puede ser considerado en el mejor interés de un tercero aquellas acciones que toman en cuenta lo que la propia persona considera correcto para sí misma. No puede considerarse una acción en el mejor interés de una persona cuando esa acción contradice las propias preferencias y deseos de esa persona. La capacidad de elegir entre diferentes tratamientos o directamente no someterse a ninguno pertenece a las condiciones medulares de la persona: autonomía y la persona como sujeto de derechos. En consecuencia, la conducta maleficente es aquella que ignora las decisiones personales y va contra los propios intereses personales. Ya que nadie, ni el Estado ni terceros, pueden reemplazar a la persona plenamente competente en el proceso de toma de decisiones”.

Es muy importante, en el análisis de los bienes, derechos e intereses en juego, centrarse en el principio de proporcionalidad examinando estas medidas desde los criterios de adecuación, necesidad y ponderación que lo constituyen. En este enfoque, retomamos las palabras de Faúndez Peñafiel y Díaz García, atento el lúcido entendimiento que proponen⁶³.

El principio de proporcionalidad, también denominado examen de proporcionalidad, es un mecanismo a través del cual se evalúa la constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Al abordar este análisis debe tenerse en cuenta, en primer lugar, si la medida que se ejerce (huelga de hambre) tiene una finalidad constitucionalmente legítima. Esto quiere decir que no debe estar prohibida y su objetivo debe ser promover el disfrute de un derecho fundamental, de un bien de jerarquía constitucional.

Determinada la finalidad constitucionalmente legítima, el segundo nivel de análisis plantea la necesidad de dicha medida. Es decir, si se trata de la única o la mejor

⁶³ Faúndez Peñafiel J.J. – Díaz García L.I. Op.cit.

medida a través de la cual se puede favorecer aquella finalidad. Y si, en su caso, entre las medidas disponibles para alcanzar la finalidad es la que menos restringe el derecho fundamental afectado, lo cual implica comparar entre la idoneidad de la medida propuesta y la idoneidad de sus alternativas.

De acuerdo con ello, mientras la regla de idoneidad constituye un juicio relativo a la capacidad de la medida evaluada para alcanzar la finalidad, la regla de necesidad es un juicio relativo a la eficiencia de la misma (capacidad para generar el menor costo en la consecución de la finalidad).

Finalmente, la tercera evaluación a la que debe ser sometida la medida restrictiva de derechos fundamentales declarada idónea y necesaria se denomina ponderación o examen de proporcionalidad en sentido estricto. En virtud de este examen se debe determinar cuál de los intereses en juego debe prevalecer por sobre el otro.

Es necesario destacar que todos los derechos constitucionales son relativos, es decir que no hay derechos fundamentales ni bienes de jerarquía constitucional absolutos, que prevalezcan sobre otros derechos o bienes sin excepción. La vida, como ya se ha destacado, no escapa a este principio, muy particularmente cuando concurre con la dignidad y la libertad.

Para realizar este análisis siempre se debe estar al caso en concreto, ya que la ponderación se realiza en una circunstancia fáctica y vital propia y exclusiva, no susceptible de ser aplicada por analogía a otro.

“Si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcional con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”: De este modo, si el grado de sacrificio del derecho fundamental afectado por la medida que lo restringe es superior a lo que se gana por parte de los

intereses constitucionales que se promueven con la misma, entonces dicha medida es inconstitucional. En caso contrario, es perfectamente admisible.

En el caso en estudio, tanto la huelga de hambre como la alimentación forzada se presentan bajo el interés de defender la vida de la persona. La labor, por tanto, de los jueces será ponderar los niveles o alcances de la afectación de estos derechos fundamentales conforme la acción o medida sometida a examen, debiendo definirse el contenido de estos derechos bajo los respectivos intereses en juego, qué otros derechos u obligaciones se ven afectados, el contexto de la acción o de la medida y todos aquellos elementos que permitan al juez ponderar razonadamente y emitir su juicio de evaluación constitucional.

La huelga de hambre es una medida restrictiva del derecho fundamental a la vida, en su sentido más obvio, en el sentido de su expresión biológica, ya que pone en riesgo su existencia temporal, cuantitativa. Sin embargo, esta misma huelga de hambre se realiza con la finalidad de favorecer el derecho fundamental a la vida, en el sentido del derecho a disfrutar de una vida digna, lo que implica el derecho a optar por la vida que se desea vivir, el derecho a una vida que merezca la pena ser vivida, aunque ello pueda implicar la limitación temporal de la vida biológica⁶⁴.

Este derecho a la vida digna hunde sus raíces en aquellas medidas que fundan el derecho personal al rechazo de tratamientos médicos, o aquél que garante el acceso a los cuidados paliativos.

“Que en este escenario la huelga de hambre aparece no sólo como un potencial atentado contra el derecho a la vida, sino también como un extremo y desesperado recurso tendiente a obtener de terceros, habitualmente del Estado, un actuar que permita o remueva los obstáculos conducentes a una subsistencia biológica digna, que

⁶⁴ Estamos refiriéndonos en este punto al derecho en su calidad de “derecho subjetivo”, que consiste en la facultad propia de un sujeto para realizar o no una cierta conducta. Es el derecho que la misma persona impone a fin de modelar su comportamiento.

*merzca la pena conservar, una subsistencia biológica que permita la ejecución de los propios planes de vida. En este sentido la huelga de hambre es también una acción conducente a generar condiciones que viabilicen el ejercicio del derecho a una vida digna”.*⁶⁵

La irrenunciabilidad de nuestros derechos fundamentales nos obligará al respeto irrenunciable de los derechos de los demás, en quienes recae idéntica obligación a nuestro respecto, existiendo así un marco recíproco de fundamentación, interacción y limitación de los derechos fundamentales.⁶⁶

*“No es posible entender que la continuación de la vida puede ser llevada a cabo a cualquier costo, sacrificando también la honra de su titular”.*⁶⁷

La huelga de hambre tiene una finalidad constitucionalmente legítima: recuperar el disfrute de su derecho fundamental a la libertad personal, como elemento central en este caso del derecho a la vida digna.

*“Cuando los reclusos libremente deciden no alimentarse no incurrir en ilegalidad o arbitrariedad porque simplemente han ejercido el derecho a la vida de manera coetánea con el de libertad, y toda vez que unas mismas personas son titulares de ambos es claro que no existe colisión entre estos derechos”.*⁶⁸

La huelga de hambre es potencialmente útil para alcanzar el objetivo de obtener una revisión del caso del huelguista, de las condiciones de su encierro y, por lo mismo, es idónea para el objetivo propuesto por el huelguista de recuperar su libertad personal.

Una cuestión central para el referido examen es verificar si antes de iniciarse la huelga de hambre se agotaron todos los demás medios racionalmente asequibles al

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 724-2013, 27 marzo 2013.

⁶⁶ Hoffe Otfried. “Derecho Intercultural”. Barcelona, Gedisa. 2008.

⁶⁷ Tórtora Aravena H, “El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional: aproximación al análisis de su delimitación, limitación y configuración”. En Estudios Constitucionales, Año 33 N° 3.

⁶⁸ Corte Suprema de Chile .Rol N° 7074-2010, 1 octubre 2010.

huelguista, de tal forma que la huelga de hambre sea efectivamente un último recurso extremo y no un mero instrumento oportunista.

Si existen otros medios igualmente idóneos y menos lesivos de los derechos fundamentales, en particular de la integridad física, aún no utilizados por los huelguistas (sean manifestaciones de presión o recursos jurisdiccionales), la huelga de hambre ha de ser considerada innecesaria y, por tanto, inconstitucional. Por el contrario, si se han agotado esas alternativas igualmente eficaces y menos gravosas, entonces se ha superado el examen de necesidad. En este último caso, procede realizar el examen de ponderación.

Una de las posibilidades es sostener que los derechos afectados, el derecho a la integridad física y el derecho a la vida en el sentido de subsistencia biológica, han de ser preferidos. La otra posibilidad es considerar que el derecho que se intenta favorecer o promover y que deberá prevalecer tras la ponderación, es el derecho a la vida en el sentido de una subsistencia biológica que merezca la pena ser vivida, una vida digna fundada en la dignidad de la persona e incluyente de la libertad.

Lo que no se puede hacer es cosificar al huelguista e impedir la huelga de hambre a través de su alimentación forzada para mantener la disciplina, el orden o la autoridad.

Las potestades de los órganos estatales no son absolutas ni ilimitadas y deben ceder frente al ejercicio de derechos fundamentales.

La correcta interpretación del dilema traído a análisis debe proteger la autonomía de la voluntad y por tanto subsistente el resultado posible de muerte como consecuencia de dicha libertad ejercida autónomamente por la persona en ayuno, como acción inseparable de la vida digna de ser vivida, incluso bajo régimen de encierro penitenciario, no deja a la persona en huelga de hambre en la indefensión, ni obstaculiza el deber de garante del Estado. Con ello se intenta delinear un marco adecuado que

concilie libertad y obligación de tutela estatal. El huelguista de hambre debe ser atendido médicamente cumpliendo con ello el Estado su obligación, hasta el punto que al Estado le compete, sin vulnerar la libertad individual. Luego, tampoco el ayunante es abandonado a una muerte inevitable, sino que se deja a disposición de los profesionales de salud para la atención (contención) clínica que corresponde conforme la praxis médica, de acuerdo con los protocolos médicos existentes para pacientes en huelga de hambre.

Por ello, podemos afirmar que *“a partir del examen de proporcionalidad se ofrecen elementos de juicio para sostener razonadamente que la huelga de hambre es una acción fundada, precisamente, en los derechos constitucionales a la vida, en el sentido de la vida digna de ser vivida y de la libertad, ante los cuales debe ceder la obligación de cuidado del Estado. Por ello, la interrupción de una huelga de hambre contra la voluntad de una persona privada de libertad, forzosamente, si bien puede aparecer asegurando la integridad física y la vida en un sentido biológico, afecta el derecho a la vida en el sentido de la vida digna, en el que se comprende la libertad, traducida también en la autonomía del paciente en huelga de hambre, con la respectiva obligación del facultativo de requerir el consentimiento informado de quien guarda ayuno para proceder a su alimentación....al mismo tiempo, se pueden y deben establecer estándares bajo los cuales se enmarquen las medidas de cuidado a las que se sometan las personas privadas de libertad en huelga de hambre, sobre la base del respeto a su intrínseca dignidad, a su vida digna y libertad, como valores constitucionales prevalentes en el caso estudiado”*⁶⁹.

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 724-2013, 27 marzo 2013.

La alimentación forzada implica una conculcación de la integridad y autonomía de la persona poniendo en entredicho su dignidad, y por su forma violenta de ejecución supone una vulneración de los derechos humanos en tanto constituye un trato cruel, inhumano y degradante, susceptible de ser tipificado como tortura.

Por su parte, la huelga de hambre en contexto de encierro legal nos interpela como sociedad: cómo tratamos a los delincuentes que nosotros mismos “creamos”. El delito es un fenómeno social, no criminal. Y merece un abordaje interdisciplinario e intersectorial que analice su multi-factorialidad. Asimismo, las cárceles “serán sanas y limpias” afirma nuestro art. 18 CN. No son depósitos humanos. No son muros de contención de la miseria que no queremos ver. Son nuestra (co)responsabilidad.... Tanto aquello que provoca el delito como aquello que pasa dentro de una cárcel. Nuestra obligación como sociedad es no sólo combatir el delito sino garantizar que quien delinque y quien lo juzga tengan la oportunidad de ser “*consciente(s) de la excepcional capacidad que posee el ser humano para reflexionar sobre su propia existencia y su entorno...reconociendo que los problemas éticos suscitados...deben examinarse teniendo en cuenta no sólo el respeto debido a la dignidad de la persona humana, sino también el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales*”⁷⁰.

Al respecto, Macklin⁷¹ sostiene que las referencias más importantes al concepto de dignidad surgen en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La mayoría de estos instrumentos internacionales no hacen mención ni al tratamiento médico ni a la

70 UNESCO. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Consideraciones Preliminares. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

71 Macklin, R. Dignity is a useless concept. It means no more than respect for persons or their autonomy. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789/>. La traducción nos pertenece.

investigación, con excepción de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano en Relación a la Aplicación de la Biología y la Medicina. Así, las primeras referencias al término dignidad surgen alrededor de los años 70, en torno a las discusiones sobre el proceso de muerte, en particular con el objeto de evitar el empecinamiento terapéutico y la prolongación de la agonía. Tal fue el caso de las diversas normas que comenzaron a surgir en Estados Unidos con el objeto de reconocer los derechos del paciente y las directivas médicas anticipadas. En este contexto, dignidad significa respeto por la autonomía.

Para finalizar, *“la huelga de hambre es una herramienta de denuncia y protesta que emerge con fuerza cuando las demandas sociales colisionan con un Estado que ve agotada su capacidad de respuesta. Por ello su estudio no puede separarse del contexto ni de las causas o motivaciones de quienes la sostienen...como un medio legítimo de presión ante la autoridad”*⁷².

En virtud de ello, queda aún pendiente de debate cómo incorporar al lenguaje cotidiano y de los medios masivos de comunicación, términos como “delincuente”, “prontuario”, reincidencia” y “cárcel” que hasta el 2010 estaban absolutamente invisibilizados, conforme explica Cohen Agrest⁷³.

Al decir de Macklin⁷⁴, en la década del ‘70 la Comisión Presidencial norteamericana sostuvo que el término dignidad presentaba un significado muy vago, especialmente cuando estaba referido al tratamiento al final de la vida, donde expresiones como “morir con dignidad” han sido empleadas de un modo tan controversial que su significado se ha visto desdibujado.

La huelga de hambre entendida como una forma de “morir con dignidad” requiere, merece y exige en el contexto socio-histórico-político actual un profundo análisis sobre sus sentidos y sobre sus significados.

La libertad permanentemente desafía al *status quo*, aún cuando ese mismo estado implique la negación de la libertad. Encontrar el justo medio aristotélico supone,

⁷² Precht Pizarro, J. y Faundes Peñafiel, J. J. “Legitimidad de la huelga de hambre. Un debate sobre el derecho a la vida y la dignidad humana”. Estudios Constitucionales, 2013, p. 334.

⁷³.Cohen Agrest D. <https://www.infobae.com/def/defensa-y-seguridad/2019/03/23/diana-cohen-agrest-la-pena-tiene-que-ser-perpetua-cuando-hubo-una-muerte/>

⁷⁴ Macklin, R. Dignity is a useless concept. It means no more than respect for persons or their autonomy. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789/>. La traducción nos pertenece.

para el Estado, una reformulación del imperativo categórico, donde ser (preso, delincuente, interno) no sea la reafirmación de una característica intrínseca y esencialmente disvaliosa de la persona y cuya fatalidad niegue su propia humanidad.

Con el tiro habían abierto un agujero en esa perfección de que se vanagloriaban. Morir odiándolos, esa era la libertad.
Vamos a ver, Winston, ¿cómo afirma un hombre su poder sobre otro?
Winston pensó un poco y respondió: Haciéndolo sufrir.
Exactamente. Haciéndolo sufrir. No basta con la obediencia. Si no sufre ¿cómo vas a estar seguro de que obedece tu voluntad y no la suya propia?
El poder radica en infligir dolor y humillación. El poder está en la facultad de hacer pedazos los espíritus, y volverlos a construir dándoles nuevas formas elegidas por ti.
George Orwell. "1984".

Bibliografía Consultada

- Brahams D. "Is a prisoner capable of giving consent to treatment?" *Lancet* 1984; 1 (8739):746.
- Casswell DG. "Limitations in Canadian Law in the Right of a Prisoner to Refuse Medical Treatment". *J Comtemp Health Law Policy* 1986; 2:155-69.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. 31/12/11.
- Díez Ripollés J. (2003). "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario". En *Política Criminal y Derecho Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. (2003). Pág. 485/550.
- Foucault M. (1989). "Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión". Siglo Veintiuno Editores. Décimo séptima edición en español. Buenos Aires.
- García Guerrero J. (2013) "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario: aspectos éticos, dentológicos y legales". *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. Pág. 13/20.

- García Guerrero J. (2006). “Ética médica y prisión: de la autonomía a la beneficencia (pasando por la no maleficencia). A propósito de un caso”. *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. Pág. 41/54.
- González Morán F. (2006). “La disponibilidad de la propia vida en algunas situaciones controvertidas”, *De la Bioética al Bioderecho. Libertad, Vida y Muerte*. Dykinson. Madrid. Pág. 790/823.
- Gracia D. “Ética de la Huelga de Hambre”. *Anales de la Real Academia Nacional de la Medicina* 1991; 108: 113-141.
- Gros M. L. “Bioethics and Armed Conflict. Moral Dilemmas of Medicine and War”. The Mit Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 2006.
- Fink Sheri. “Where Even Nightmares are Classified: Psychiatric Care at Guantánamo”. The New York Times. <http://nyti.ms/2erngaa>
- IMAP/OSF. (2013). “Ethics Abandoned. Medical Professionalism and Detainee Abuse in the War of Terror”. Task Force Report.
- Isaacs D. “Are healthcare professionals working in Australia’s Immigration Detention Centers condoning torture?”. *Journal of Medical Ethics*. July 2016. Volume 42 Issue 7.
- Lepora C. – Millum J. “The Tortured Patient. A Medical Dilemma”. The Hastings Center Report. “Physician Complicity in Execution and Torture”. Volume 41, Nº 3. May-June 2011.
- Luna F. (2008). “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”. *Jurisprudencia Argentina*. IV, Fascículo Nº 1.
- Luna F. – Salles A.- “Bioética: Nuevas Reflexiones sobre Debates Clásicos”. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2008.
- Mahner M. – Bunge M. “Fundamentos de Biofilosofía”. Siglo Veintiuno Editores. Primera Edición en Español, 2000. Springer Verlag, Berlín, 1997.

- Mediuris S.L. (2012). “Derecho para el personal sanitario”. Marcial Pons Madrid.
- Miláns del Bosch S. “Relevancia jurídico-constitucional de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario”. *Actualidad Penal*. 1991;8:101-108.
- Mohamedou Ould Slahi. “Guantánamo Diary”. Edited by Larry Siems. Little, Brown & Company.
- Parker FR, Paine ChJ. “Informed Consent and the Refusal of Medical treatment in Correctional Setting”. *J Law Med Ethics* 1999; 27: 240-51.
- Pavarini M. (1983). “Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico”. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires.
- Physicians for Human Rights. “Nüremberg Betrayed. Human Experimentation and the CIA Torture Program”. www.phr.org.
- Recomendación N° R (98) 7 del Comité de Ministros de los Estados Miembros concerniente a Aspectos Éticos y de Organización de los Cuidados Médicos en Prisión. *Eur J Health Law* 1999; 6: 267-278.
- Sancinetti M. “Suicidio y Estado: ¿Vale la máxima: “debes vivir para ser penado”? (Reflexiones a propósito del Caso Febbres)”. *La Ley* 2008-B,1104.
- Schneewind J.B. “La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna”. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2009.
- Thor vs California Superior Court 1993. Citado en: Parker JR. Pain ChJ. Informed Consent and the Refusal treatment in the Correctional Setting. *J Law Med Ethics* 1999; 27: 240-51.
- Vera Institute of Justice. “On Life Support: Public Health in the Age of Mass Incarceration”. November 2014.

Revistas:

- The Hastings Center Report. Can a patient ask not to be fed if she gets dementia?

Volume 44 N° 3. May-June 2014.

- *The New England Journal of Medicine*.

* Sawicki N.N. Clinicians' Involvement in Capital Punishment – Constitutional Implications. May 30, 2014.

- *BMJ (British Medical Journal)*.

* McCarthy M. US Health Professionals helped in the torture of detainees, report says. *BMJ*2013;347:16680

* Sheather J., Beynon R., Davies T., Abbasi K.. Torture and doctors' dual obligation. Health Professionals need support to put the wellbeing of detainees first. *BMJ*2015;350:h589.

* Siegel-Itzkovich. "New Bill on Force Feeding Prisoners Poses Medical Dilemma for Israel's Doctors". *BMJ* 2015;350:h3304.

- *Journal of Medical Ethics*.

* Bowden P. Medical practice: defendants and prisoners. *J Med Ethics* 1976,2,163-172.

* Brockman B. Food refusal in prisoners: a communication or a method of self-killing? The role of the Psychiatrist and resulting ethical challenges. *J Med Ethics* 1999 25:451-456 doi:10.1136/jme.25.6.451.

* Mathews G. Clinical Freedom. *J Med ethics* 1982 8:150-153 doi:10.1136/jme.8.3.150.

* Oguz N.Y., Miles S.H. The Physician and Prison Hunger Strikes: reflecting on the experience in Turkey. *J Med Ethics* 2005;31:169-172. Doi:10.1136/jme2004.006973.

* Rasmussen O.V. The involvement of medical doctors in torture: the state of the art. *J Med Ethics* 1991 17:26-28 doi:10.1136/jme.17.Spl.26.

* Roy C. Dilemmas of medical ethics in the Canadian Penitentiary Service. *J Med Ethics* 1976 2:180-184 doi:10.1136/jme.2.4.180.

- *The American Journal of Bioethics*.

* Ashcroft R. The Psychology of Repugnance and the Duty to Trust. *The American Journal of Bioethics*, 9:10, 51-52, DOI:10.1080/15265160902995091.

* Brassington I. Separating the “Rights of” and “Justice For” Bombers. *The American Journal of Bioethics*, 9:10, 59-61, DOI:10.1080/15265160902995109.

*Crosby S. Not every food refuser is a hunger striker. *The American Journal of Bioethics*, 14:7, 47-48, DOI:10.1080/15265161.2014.921468.

* Davis M. Terrorists are Just Patients. *The American Journal of Bioethics*, 9:10, 56-57, DOI:10.1080/15265160903167138.

* Gesundheit B., Ash N., Blazer S., Rivkind A. Medical Care for Terrorists – To treat or not to treat?. *The American Journal of Bioethics*, 9:10, 40-42, DOI: 10.1080/15265160902985035.

* Gesundheit B., Ash N., Blazer S., Rivkind A.. Medical Care for Terrorists – Yes to Treat! *The American Journal of Bioethics*, 9:10, W#-W\$, DOI:10.1080/15265160903162725.

* Godley J. Physician, Where Art Thou? *The American Journal of Bioethics*, 9:10, 58-59, DOI:10.1080/15265160902998822.

* Jotkowitz A., Sofer S. Ethical Caring and the Treatment of Terrorists. *The American Journal of Bioethics*, 9:10, 55-56, DOI:10.1080/15265160902998806.

* Kipnis K. Death Fasts and the Inmate/Patient. *The American Journal of Bioethics*., 14:7,49-51, DOI:10.1080/15265161.2014.921469.

* Lepora C., Danis M., Wertheimer A. No exceptionalism needed to treat terrorists. The American Journal of Bioethics, 9:10, 53-54, DOI:10.1080/15265160902998814.

*Marks J. The Terrorist and the Doctor: A legal and ethical response. The American Journal of Bioethics, 9:10, 49-51, DOI:10.1080/15265160903013811.

* Miles S. H. Military Doctors and Deaths by Torture: When a Witness Becomes an Accessory. The American Journal of Bioethics, 13:5, 1-2, DOI:10.1080/15265161.2013.776355.

* Miles S. H. Medical Ethics and The Interrogation of Guantanamo 063. The American Journal of Bioethics, 7:4, 5-11, DOI:10.1080/15265160701263535.

* Moreno J. D. Detainee Ethics: Terrorists as Research Subjects. The American Journal of Bioethics, 3:4,32-33, DOI:10.1162/152651603322614760.

* Wynia M.K. Consequentialism and Harsh Interrogations. The American Journal of Bioethics, 5:1,4-6, DOI:10.1080/15265160590944085

* Zivotofsky A. Z. Medical Care of Terrorists is “Beyond the Letter of the Law”. The American Journal of Bioethics, 9:10, 43-45, DOI:10.1080/15265160903013829.

INDICE

Resumen pág. 2

Introducción pág 9

Capítulo I. El Bien Jurídico Vida. Valor y naturaleza jurídica. Titularidad. La posibilidad de disposición del derecho a la vida. La huelga de hambre. Su naturaleza constitucional. La autopuesta en peligro. Pág. 13

Capítulo II. El principio de autonomía. Concepto. Autonomía jurídica y autonomía bioética. Diferencias y similitudes. El derecho a ser dejado a solas y el propio proyecto

de vida. Reconocimiento y contenido. El ejercicio de la autonomía en situaciones límites o extremas; la vulnerabilidad. Pág 26

Capítulo III. Control y dominación. El sistema penal y el sistema carcelario. Interacciones. La peligrosidad y el miedo como formas de control social extrapenal. El interno privado de su libertad. Sujeción y obediencia. Las condiciones de encierro. La responsabilidad estatal en la custodia de las personas legalmente privadas de su libertad y respecto de las condiciones carcelarias de cumplimiento de la pena. Conflicto de intereses. Pág. 42

Capítulo IV. La hidratación y alimentación forzada. ¿Procedimiento médico o cuidado fundamental? La finalidad y objetivos del procedimiento de hidratación y alimentación forzada. La relación asistencial en contexto de encierro forzoso. El rol del médico. La naturaleza jurídica y ética de la relación entre médico y preso: derechos y deberes. Conflicto de intereses. Objeción de conciencia. El enfoque desde una Teoría de los Derechos Humanos: la lógica del enemigo; la hidratación y alimentación forzada como un acto de tortura. Los cuestionamientos éticos. Pág. 49

Capítulo V. Conclusiones y Propuestas. Pág. 68

Bibliografía. pág. 86