

LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD PERSONAL

RAÚL CANOSA USERA

SUMARIO

1. EL CONTEXTO DE 1978 EN EL QUE SE PRODUJO EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD. 1.1 Panorama del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional foráneo. 1.2 Las opciones del constituyente en el proceso de elaboración del artículo 15 de la Constitución española. 2. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL. 2.1 Ampliación de la esfera de protección del artículo 3 CEDH. 2.2 La inclusión de contenidos del derecho a la integridad en el derecho a la vida privada. *a) Derecho a la protección penal de la integridad. b) Derecho a autorizar o negarse a recibir tratamientos médicos. c) Derecho a la vida sexual y reproductiva. d) La problemática del aborto. e) Frente a la contaminación ambiental. f) En el ámbito doméstico.* 3. RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. 4. EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA DETERMINACIÓN DE LAS POSICIONES IUSFUNDAMENTALES CUBIERTAS POR EL DERECHO A LA INTEGRIDAD. 4.1 La violación procesal de la prohibición de torturas. 4.2 Respecto a la protección de la salud y en el ámbito sanitario. *a) Yuxtaposición con el derecho al respeto de la salud. b) El consentimiento en los tratamientos médicos. c) Donaciones y trasplantes. d) El aborto como potencial ejercicio del derecho a la integridad por la gestante. e) Esterilización de disminuidos psíquicos. f) En el ámbito de los experimentos médicos o científicos.* 4.3 Derecho a la integridad frente a contaminación. 4.4 Derecho a la protección. 4.5 La negativa a sufrir intervenciones corporales previstas legalmente y la exclusión de la garantía de indemnidad. 4.6 En las relaciones de sujeción especial. 4.7 En el ámbito laboral. 5. CONCLUSIÓN: QUÉ BIEN JURÍDICO Y A QUÉ SE TIENE DERECHO.

Fecha recepción: 2.06.2017
Fecha aceptación: 26.09.2017

LA PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD PERSONAL

RAÚL CANOSA USERA *

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense

1. EL CONTEXTO DE 1978 EN EL QUE SE PRODUJO EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD

1.1 Panorama del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional foráneo

La Constitución española, como cualquier otra, refleja el estado del constitucionalismo de su tiempo. El constituyente español adquirió en el mercado de productos constitucionales aquellos que mejor le encajaban, también en materia de derechos. Y como el régimen autoritario del que salíamos no había sido respetuoso con la integridad personal, ésta vino protegida con la máxima intensidad reconociéndose un derecho específico, que raramente estaba recogido entonces en otras declaraciones de derechos contemporáneas, al lado de la prohibición expresa de la tortura y de penas y tratos inhumanos o degradantes.

Con la integridad personal ocurría y aún ocurre algo singular: el bien jurídico —la integridad— es protegido siempre, desde el primer momento de advenimiento del constitucionalismo, con la prohibición de la tortura, pero ello no generó la declaración de un derecho específico a la integridad. Así que las primeras normas, de las todavía vigentes, que protegieron la integridad física lo hicieron prohibiendo la tortura. Es el caso del artículo X del Bill of Rights, de 13

* Full Professor of Constitutional Law, Faculty of Law, Complutense University, Avda. Complutense s/n, 28040 Madrid. Email: rcanosa@ucm.es

de febrero de 1689. En este texto normativo que formalizó la Revolución Gloriosa, se establece:

«Que no deben exigirse fianzas exageradas ni imponerse multas excesivas, ni aplicarse castigos crueles ni desacostumbrados.»

La Constitución de los Estados Unidos, de 1787, reprodujo casi textualmente el artículo citado pues establece en el artículo 8.º (introducido en 1792) de las enmiendas:

«No se exigirán fianzas excesivas; no se impondrán multas excesivas, ni se aplicarán castigos crueles e inusitados.»

Reseñable también es el aún vigente artículo 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, que dispone:

«... si se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su persona, debe ser severamente reprimido por la ley.»

También el artículo 303 de la Constitución española de 1812, en línea con los textos mencionados, disponía:

«No se usará nunca el tormento.»

En el momento de elaborarse la Constitución de 1978 solo cuatro Constituciones europeas reconocían expresamente el derecho a la integridad (Constituciones alemana, finlandesa, holandesa y portuguesa), mientras que generalmente todas establecían prohibiciones de la tortura y de otros maltratos lesivos para ella (por ejemplo, las Constituciones italiana, griega, sueca e irlandesa).

El primer reconocimiento en Europa del derecho a la integridad se produjo en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn que proclama «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad corporal» en el mismo precepto donde se proclama el derecho general al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1) y la inviolabilidad de la persona (art. 2.2). Sólo se menciona la integridad corporal, pero del contexto general de los dos apartados del precepto cabe inferir que ninguno de los aspectos de la integridad personal, tanto el psicológico como el moral, queda sin protección, pues el libre desarrollo de la personalidad requiere tutelar también esas otras dimensiones de la integridad sin cuya garantía la

personalidad no podría desarrollarse, llevando a cabo una interpretación expansiva¹ que active la Constitución desplegando su fuerza normativa².

La técnica normativa de combinar varios derechos está presente también en la Constitución finlandesa (art. 6)³ que añade, además de la referencia a la libertad, también el derecho a la seguridad. En la Constitución de Finlandia se hace mención, más acertadamente, a la integridad personal, expresión abarcadora de todas las dimensiones de la integridad.

También la Constitución holandesa (art. 11) reconocía ya de forma expresa, sin vínculo al derecho a la vida, como luego haría también la Constitución portuguesa, el derecho a la integridad corporal. Limitado a lo corporal, como en la Ley Fundamental de Bonn, y como en ella con referencias expresas a las posibles limitaciones que solo serían admisibles con forma de ley.

La proclamación constitucional más completa la ofrece, años después, la Constitución portuguesa que, en su amplísima carta de derechos, recoge el específico derecho a la integridad física y moral —aunque omitiendo la integridad psíquica— proclamado unos años atrás en el Pacto de San José de 1969. Comienza con la Constitución portuguesa a ampliarse expresamente la protección de la integridad más allá de lo corporal para abarcar otra dimensión más incierta, pero igualmente vulnerable, la de la integridad moral. Aunque el artículo 25 de la Constitución portuguesa no proclama en rigor un derecho subjetivo, sino que declara objetivamente: «La integridad moral y física de las personas es inviolable» que, sin embargo, genera un verdadero derecho subjetivo.

Otras Constituciones europeas ya protegían la integridad, aunque solo frente a torturas y tratos inhumanos o degradantes, en la línea que contribuyó a generalizar el CEDH de 1950 (art. 3). Ejemplo son las Constituciones italiana

¹ Tipo de interpretación que reclama Klaus STERN para los artículos 1 al 20 de la Ley Fundamental, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 271.

² En el sentido de Konrad HESSE (1983), *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 45 y ss.

³ El artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn establece: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad corporal» mientras que el artículo 6 de la Constitución finlandesa dispone: «Todos tienen derecho a la vida y a la libertad, y a la integridad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser condenado a muerte, tortura o sometido otro tratamiento que viole la dignidad humana. No se podrá lesionar la integridad personal...» En los dos preceptos citados, en especial en el finlandés, en un mismo párrafo se recogen varios derechos, el derecho a la vida y a la integridad. Otros textos normativos han optado legítimamente por separar derecho a la vida y derecho a la integridad; es el caso del artículo 25 de la Constitución portuguesa o del artículo 11 de la Constitución holandesa. También los separa el Pacto de San José de Costa Rica, ya examinado (art. 5.1), o el artículo II-63 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

y griega que prescriben el castigo para tales prácticas de malos tratos. El artículo 11 de la Constitución italiana es el más estricto pues establece:

«Está castigada toda violencia física o moral sobre las personas sometidas a restricciones de libertad.»

Por su parte La Constitución griega (art. 7.2), más completa, además de establecer que se castigarán conforme a la ley los malos tratos, comienza por prohibirlos. Y los enuncia más pormenorizadamente:

«torturas, toda lesión corporal, todo atentado a la salud o presión psicológica, así como cualquier otro atentado contra la dignidad humana.»

Las Constituciones sueca e irlandesa disponían en 1978 de un mandato general de protección para los poderes públicos. Así, el artículo 5 de la Constitución de Suecia establece:

«Se protegerá a todo ciudadano frente al castigo corporal, la tortura o toda acción médica dirigida a provocar o impedir una declaración.»

Por su parte, la Constitución irlandesa, artículo 40.3. 2.º, establecía que el Estado:

«protegerá con sus leyes lo mejor que pueda contra ataques injustos la vida, la persona...»

Como observamos, la proclamación del derecho a la integridad es relativamente reciente, pues fue la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 5.1 del Pacto de San José, de 22 de noviembre de 1969, el que vino a reconocerlo expresamente y marcó la pauta al constituyente español. En efecto, fue este tratado el primero que, además de la habitual proscripción de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, reconoció el derecho para tutelar las tres variantes de la integridad:

«Toda persona tiene derecho a la integridad física, psíquica y moral.»

Completado con el apartado segundo:

«Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.»

En las declaraciones internacionales de derechos humanos el constituyente español halló tajantes proscripciones de la tortura y de todo trato inhumano o degradante. Había coincidencia entre los textos internacionales y los constitucionales a la hora de prohibir la tortura. Ya desde el artículo 5 de la Declaración

de Derechos Humanos, de las Naciones Unidas que prohíbe la tortura y los tratos crueles e inhumanos o degradantes, así como en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966. Por su parte, el artículo 3 CEDH establece que: «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», así que no proclama en rigor un derecho, sino que contiene una prohibición para los poderes públicos de infligir tortura o tratos inhumanos o degradantes⁴. Para algunos⁵ el artículo 3 implica un reconocimiento negativo del derecho a la integridad, que puede hacerse valer subjetivamente ante los tribunales. En otras palabras, la prohibición de la tortura genera un verdadero derecho subjetivo absoluto⁶ e inderogable⁷.

1.2 *Las opciones del constituyente en el proceso de elaboración del artículo 15 de la Constitución española*

A la vista de lo sucintamente comentado en el epígrafe anterior vemos que en 1978 el constituyente tenía ante sí un posible bien jurídico para constitucionalizar —la integridad— siempre protegido en el constitucionalismo, pero solo frente a peligros graves (torturas y tratos inhumanos y degradantes) y solo reconocido más ampliamente como derecho a la integridad en unos pocos ordenamientos constitucionales y solo en uno internacional: el Pacto de San José. No era este derecho de los imprescindibles en los términos del artículo 16 de la Declaración francesa de 1789. Pero el afán de marcar las diferencias con el régimen anterior y de subrayar el compromiso con la protección de los derechos

⁴ Al respecto Gérard COHEN-JONATHAN (1996), *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, París, pp. 70 y ss., y también Peter KEMPEES (1996), *A systematic guide to the case-law of European Court of Human Rights 1960-1994*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston-Londres, pp. 13 y ss. También CANOSA USERA, Raúl; FIX ZAMUDIO, Héctor; CORZO, Edgard: «El derecho a la integridad personal», en CANOSA USERA, Raúl; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio; GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coords.) (2015): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Thomson Reuters, Lima Perú, pp. 160 y ss.

⁵ Ana SALADO, «La tortura y los tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)», en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (2014): *La Europa de los derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Tercera edición, pp. 85 y ss.

⁶ Como apuntan Ralph BEDDARD (1995), *Human Rights and Europe*, Grotius Publications, Cambridge University Press, p. 45, y DI ANDREANA ESPOSITO, «Art. 3», en Sergio BARTOLE, Guido CONFORTI y Benedetto RAIMONDI (dir.) (2001): *Comentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, p. 49.

⁷ Comentan esta característica del derecho, respecto del artículo 3 CEDH con análisis de la jurisprudencia del TEDH que ha reclacado este carácter, Pablo SANTOLAYA MACHETTI (2001), *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, pp. 136 y 137, y Ana SALADO, *ob. cit.*

explican el prurito protector de 1978. El tiempo ha dado, a mi entender, la razón a nuestro constituyente y el derecho a la integridad no ha resultado ni mucho menos superfluo y ha dado extraordinario resultado.

El artículo 15 de nuestra Constitución presenta una cierta complejidad⁸, emparentado con los equivalentes alemán y finés que proclaman en un mismo precepto los derechos a la vida y a la integridad. Apareció desde el primer momento de la tramitación parlamentaria⁹ y durante el debate no hubo muchas modificaciones del texto.

El proceso de elaboración fue el siguiente. La redacción que el artículo 15 recibió en el Anteproyecto de Constitución (de 5 de enero de 1978) era:

- «1. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física.
2. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

Desde el principio se reunieron los derechos a la vida y a la integridad y se proscribieron las torturas, las penas y los tratos inhumanos o degradantes, pero no se incluyó, sin embargo, referencia alguna a la pena de muerte (por aquel entonces vigente en España). Esa primera propuesta del Anteproyecto fue ligeramente modificada en el Congreso de los Diputados, cuya redacción, preparada por la Ponencia (de 17 de abril de 1978) fue aprobada el 1 de julio por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas de la Cámara baja. La única modificación relevante, además de llevar ahora el ordinal 14 en lugar del 15 del Anteproyecto, fue la sustitución del término «todos» por «la persona» para quedar:

«La persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, sin que, en ningún caso, pueda ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

En el nuevo texto, aprobado por el Pleno el 24 de julio de 1978, se reforzaba la prohibición con inclusión de la expresión «en ningún caso» e introducía un cambio semántico en la titularidad, «la persona», que causó algún revuelo cuando se aprobó en el dictamen de la Comisión del Congreso. Pero en el pleno del Congreso, tras el debate, se recuperó la fórmula «todos» y se introdujo la novedad más importante: la abolición de la pena de muerte. El texto resultante (de 24 de julio) rezaba así:

⁸ Apuntada por RODRÍGUEZ MORULLO, Gonzalo: «Comentario al artículo 15», Óscar ALZAGA (dir.) (1996), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, p. 268.

⁹ Sintetizado por RODRÍGUEZ MORULLO, ob. cit., p. 270. Cfr. Asimismo CANOSA USERA (2006), *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, ob. cit., pp. 57 y ss.

«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, sin que ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para delitos cometidos por personas sujetas por su propia condición al fuero castrense.»

El último cambio que afectaba a la proclamación del derecho a la integridad fue propuesto por la Comisión del Senado en su dictamen de 6 de octubre que luego aprobó el pleno de la Cámara alta el 13 de octubre. Se recuperaba la numeración original del Anteproyecto —el artículo 15— y se añadió el calificativo moral: «integridad física y moral». En el Senado también se aligeró la redacción de la abolición de la pena de muerte, quedando el texto:

«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares en tiempos de guerra.»

Esta última redacción se aprobó en la Comisión Mixta (28 de octubre) con la única corrección de sustituir la expresión «en tiempos de guerra» por la mejor «para tiempos de guerra».

En definitiva, el constituyente culminó la operación de reconocimiento en el artículo 15 con dos derechos: el de la vida y el derecho a la integridad. El primero se acompañaba con la prohibición de la pena de muerte y el segundo con la de las torturas y los tratos inhumanos y degradantes. En rigor, las prohibiciones no implican derechos autónomos, sino lesiones agravadas: infligir la muerte o torturar lesionan respectivamente el derecho a la vida y el derecho a la integridad.

2. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Hasta ahora hemos analizado el contexto de la elaboración del artículo 15 CE. Veamos ahora que ha sucedido desde entonces y cómo ha evolucionado la protección de la integridad. Y aunque ni los textos internacionales ni el constitucional español han variado (salvo algunos que trataremos), sí ha cambiado la situación fáctica y con ella la regulación infraconstitucional. Ello ha obligado con frecuencia a interpretar evolutivamente los a veces muy rígidos textos de partida con el resultado expansivo mediante el cual se ha acabado protegiendo la integridad frente a nuevos peligros.

Porque nos afecta tan estrechamente hay que considerar la jurisprudencia del TEDH en torno al artículo 3 CEDH cuyo ámbito de protección ha extendido el TEDH, así como la sorprendente creación del derecho a la integridad expresamente inferido por el TEDH del artículo 8 CEDH, el derecho a la vida privada.

2.1 *Ampliación de la esfera de protección del artículo 3 CEDH*

El TEDH distinguió pronto, entre los que podrían llamarse en general malos tratos, diferentes grados de gravedad: torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes. Todos pertenecen a una misma escala y se distinguen entre sí por la gravedad¹⁰, aunque no quedaba clara la diferencia entre los dos últimos. El de mayor gravedad sería la tortura¹¹, después los tratos inhumanos y, por último, los tratos degradantes. El criterio de la gravedad, así como las circunstancias que sería necesario valorar en cada supuesto, las explica el TEDH en el importantísimo e inaugural caso Irlanda c. Reino Unido¹², de 18 de enero de 1978. Para el TEDH, habría de tenerse en cuenta la duración de los malos tratos y sus efectos físicos o mentales, el sexo de la víctima, su edad, su estado de salud y otras circunstancias que eventualmente pudieran considerarse. El TEDH engloba todas esas circunstancias con la expresión «vulnerabilidad de la víctima» (caso Ribisht c. Austria, de 4 de diciembre de 1995).

El criterio de la gravedad ha sido objeto de algunas críticas por parte de quienes¹³ opinan que relativiza el carácter absoluto de la prohibición y deja un

¹⁰ Cfr. al respecto DI ANDREANA ESPOSITO, ob. cit., pp. 56 y ss. y Jacques VELU y Rusen ERGEC (1990), *La convention européenne des droits de l'homme: extrait du repertoire pratique du droit belge*, tom. VII, Bruylian, Bruselas, pp. 195 y 196.

¹¹ A propósito de la jurisprudencia del TEDH sobre la tortura, cfr. PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., pp. 282 y ss., José María TAMIRIT SUMALLA, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) (1999): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2.ª Edición, pp. 223 y ss. Juan Antonio LASCURAIN SÁNCHEZ, en Gonzalo RODRÍGUEZ MORULLO (dir.) (1997), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, pp. 506 y ss. y Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Esteban MESTRE DELGADO, Gema MARTÍNEZ GALINDO, Carlos COTILLAS MOSA y Marina ALCORTA PASCUAL (2003): *Código Penal con concordancias y jurisprudencia*, Tecnos, Madrid, pp. 429 y ss.

¹² Sobre el carácter canónico de este caso, donde encontramos las primeras definiciones de tortura y tratos inhumanos y degradantes, cfr. COHEN-JONATHAN, ob. cit., pp. 70 y ss. Cfr. también sobre este importante caso Vincent BERGER (1998), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, Paris, pp. 79 y ss.

¹³ SALADO, «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)», ob. cit., pp. 95 y 96.

amplio margen de maniobra para la interpretación judicial, lo que era inevitable, como demuestra la evolución de la jurisprudencia del TEDH que ha ampliado el ámbito de protección de los tres tipos de malos tratos¹⁴ apoyándose en el Convenio contra la tortura de 1984¹⁵.

Por otro lado, el TEDH abrió la posibilidad, de manera discutible¹⁶, a considerar tortura los sufrimientos graves infligidos por un particular (caso A. C. c. Reino Unido, de 33 de septiembre de 1998) derivando la lesión del incumplimiento estatal de su obligación de asegurar que nadie bajo su jurisdicción sea sometido a torturas.

Con una gradación de menor gravedad, tras la tortura, se situarían los tratos inhumanos¹⁷. Para el TEDH serían «los sufrimientos físicos o psíquicos provo-

¹⁴ En materia de tortura lo que hasta 1996 no venía considerando como tal, a partir del caso *Ascoy c. Turquía*, comienza a serlo, girando el TEDH su jurisprudencia que cambia formalmente en el caso *Salmouni c. Francia*, de 28 de julio de 1999. Y en relación con los tratos inhumanos o degradantes la ampliación de la protección se verifica en los casos *Henaf c. Francia*, de 27 de noviembre de 2003, y *Yankov c. Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003. En todos los casos el TEDH justifica esa ampliación en las variaciones de la percepción social ofreciendo un claro ejemplo de expansividad interna de los derechos.

¹⁵ En cuyo artículo 1 se encuentra una pormenorizada descripción y de la que se infiere un concepto amplio en el que se identifican un elemento material, uno teleológico y la cualificación del sujeto activo. El elemento material lo constituye todo dolor o sufrimiento grave, físico o mental, infligido a una persona. De aquí se colige el criterio de gravedad: para que estemos ante un caso de tortura, es preciso la existencia de gravedad del sufrimiento. Este puede ser físico o mental y aunque a menudo se presentan simultáneamente, basta la presencia de uno de los dos para que pueda ser apreciada la tortura. El elemento teleológico consiste en la finalidad perseguida por la tortura: obtener información, lograr una confesión, coaccionar o castigar. Este elemento, con ser importante, debe presuponerse siempre que se dan los demás elementos constitutivos del tipo pues si, además de sufrimiento, éste se inflige intencionadamente por funcionario público o persona en el ejercicio de funciones públicas estamos ante tortura. Sobre los convenios internacionales que interactúan con el CEDH, cfr. DI ANDREANA ESPOSITO, ob. cit., pp. 74 y 75, y VELU, Jacques y ERGEC, Rusen (1990): *La convention européenne des droits de l'homme: extrait du repertoire pratique du droit belge, tom. VII*, Bruyellan, Bruselas, pp. 195 y 196.

¹⁶ Alguna doctrina considera que eximir del requisito de la especial cualificación del sujeto desvirtúa el concepto de tortura, pues no se daría tampoco el elemento teleológico, y entonces lo definitorio de la tortura consistiría únicamente en los sufrimientos graves infligidos voluntariamente: SALADO, ob. cit., p. 113. M. L. MAQUEDA ABREU: «La tortura y los tratos inhumanos y degradantes», *Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales*, tomo XXXIX, mayo-agosto 1986, p. 430. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE (1994): *La tortura en España: Estudios históricos*, Ariel, Barcelona, p. 244. ROSSANA GONZÁLEZ GONZÁLEZ (1998): *El control internacional de la tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes*, Universidad de Granada, p. 98.

¹⁷ Sobre esto BEDDARD, ob. cit., pp. 86 y 152.

cados voluntariamente con una intensidad particular» (caso Tyrer c. Reino Unido¹⁸, de 25 de abril de 1978, par. 29)¹⁹.

Los tratos degradantes serían el siguiente y último escalón de gravedad. En Tyrer c. Reino Unido y en el caso Irlanda c. Reino Unido el TEDH se refiere al terror, angustia e inferioridad capaz de humillar a la víctima. En Campbell y Cosans c. Reino Unido²⁰, de 25 de febrero de 1982 (par. 43), el TEDH admite que la «simple amenaza» de recibir un mal trato puede ser constitutiva de lesión. El Tribunal define el trato degradante por el resultado causado a la víctima, no por la lesión objetiva en ella producido. Es la humillación lo constitutivo del trato degradante; éste se da aunque no haya habido sufrimiento físico o mental de intensidad reseñable.

Estos tres tipos de malos tratos han sido detectados por el TEDH en situaciones diversas, a saber: las personas privadas de libertad de centros públicos, en los supuestos de detenciones policiales²¹, cuando se somete a la víctima a penas corporales, también en los supuestos de desapariciones, incluso en los malos tratos infligidos por particulares²².

En todo caso el TEDH conecta la vulneración del artículo 3 CEDH al incumplimiento por parte del Estado del deber de investigar efectivamente los hechos para su esclarecimiento y eventual castigo a los culpables. Sería la falta de diligencia en la investigación que provocaría impunidad lo que constituiría violación del artículo 3; es lo que se llama violación procedimental (caso Ascoy contra Turquía, de 19 de diciembre de 1996, y otros varios casos, entre ellos el caso Martínez Sala y otros contra España, de 2 de noviembre de 2004)²³.

¹⁸ Sobre este caso, cfr. BERGER, ob. cit., pp. 84 y ss.

¹⁹ Más recientemente el TEDH atribuye tal calificación al trato «premeditado, aplicado durante horas y que ha causado importantes lesiones físicas o psíquicas o mentales» (caso Soering c. Reino Unido, parágrafo 100; y caso Kudla c. Polonia, de 25 de octubre de 2000; y caso Van der Var c. Países Bajos, de 4 de febrero de 2003). Se requiere sufrimiento de cierta duración, infligido premeditadamente, pero no se exige especial cualificación del sujeto que podría ser un particular.

²⁰ Sobre este caso, cfr. BERGER, ob. cit., pp. 151 y ss.

²¹ Al respecto, cfr. JAVIER BARCELONA LLOP (2007), *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, Thomson-Reuters, Cizur Menor.

²² VELU y ERGEC analizan los distintos ámbitos donde el TEDH ha proyectado su doctrina, ob. cit., pp. 204 y ss. Y especialmente SALADO, ob. cit., pp. 85 y ss.

²³ Los demandantes, militantes independentistas, denunciaron maltrato físico y psicológico poco antes de la celebración de los Juegos Olímpicos de Barcelona; la Audiencia Nacional rechazó todas las demandas de prueba presentadas por los recurrentes «privándoles de posibilidades racionales de ofrecer luz sobre los hechos denunciados».

Prueba de la evolución ampliadora de la protección son los casos *Henaf c. Francia*, de 27 noviembre de 2003, y *Yankov c. Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003; en ellos se produce una expresa ampliación del radio de protección brindado por el artículo 3 CEDH. En el primero, por encadenar durante una noche a la cama de un hospital a un preso multirreincidente y con antecedentes de quebrantamiento de permiso carcelario, y en el segundo por el afeitado de la cabeza de un detenido. Esta evolución, obedece a que la Convención, como frecuentemente señala el TEDH, es un instrumento vivo que hay que interpretar a la luz de las circunstancias actuales, lo que hace que entren en el campo de aplicación del artículo 3 conductas que en el pasado no habrían sido consideradas suficientemente graves. Sin embargo, en el caso *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, el TEDH negó que hubiera infracción del artículo 3 en la negativa de las Autoridades a garantizar la impunidad al marido de una enferma terminal que deseaba morir, pero no podía suicidarse y necesitaba la asistencia de un tercero. Según la recurrente se la obligaba a soportar una lenta agonía que constituía trato inhumano o degradante.

Muchísimas sentencias del TEDH se han pronunciado en torno al artículo 3 en supuestos de proporcionalidad en el uso de la fuerza que en ocasiones es necesario.

El TEDH también se ha pronunciado sobre si la administración por la fuerza de un tratamiento médico es conforme al artículo 3²⁴ o sobre si la destrucción de casas de kurdos vulneró el precepto²⁵. O acerca de si las penas corporales en los colegios son contrarias al artículo 3 (caso *Tyrer c. Reino Unido*). Y también si lo son aquellas de duración desmesurada cuya ejecución implique, si se alarga el tiempo de espera, una violación potencial del artículo 3 CEDH; es el caso de quien aguarda —corredor de la muerte— la ejecución de la pena de muerte²⁶.

²⁴ En el caso *Herczefaluy c. Austria*, de 29 septiembre de 1992, el TEDH aprecia que puede aplicarse, en un hospital psiquiátrico y siempre por razones médicas, un tratamiento médico para preservar la salud del enfermo si éste no está en pleno uso de sus facultades. Es preciso, por tanto, que el paciente sea incapaz de decidir, de lo que se colige, *a sensu contrario*, que, si el paciente es capaz de tomar esa decisión, nadie puede obligarle por la fuerza a recibir tratamiento alguno.

²⁵ Caso *Selçuk y Asker c. Turquía*, de 24 de abril de 1998; no hay menoscabo físico pero el sufrimiento que provocó a los recurrentes kurdos la destrucción de sus casas y medios de vida vulneró el artículo 3 CEDH. Lo mismo en un caso parecido, *Bilgin c. Turquía*, de 16 de noviembre de 2000, o en *Dulas c. Turquía*, de 30 de enero de 2001, donde la destrucción de una casa, ante la vista de su propietaria, es considerada por el TEDH contraria al artículo 3 CEDH, por causar sufrimientos de suficiente severidad para ser calificados como trato inhumano.

²⁶ Caso *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989.

El TEDH se ha pronunciado a propósito de las desapariciones en varios casos contra Turquía, en la estela de lo dicho por la Corte Interamericana²⁷. E igualmente sobre la angustia de quienes esperan ser ejecutados²⁸.

En relación con los malos tratos infligidos por particulares, el TEDH proyecta una matizada eficacia entre particulares. En A. C. c. Reino Unido, el TEDH considera vulnerado el artículo 3 CEDH por los malos tratos recibidos de su padre por un niño de nueve años²⁹.

Revolucionaria es la doctrina del TEDH protegiendo frente a riesgos que se producirían en un Estado no miembro³⁰, así que el TEDH ha venido reconociendo que la extradición, la expulsión y la negación del asilo pueden entrañar vulneración del artículo 3 del Convenio, si existe riesgo real de que en el Estado receptor la persona sufra tortura o tratos inhumanos o degradantes. Son varios los casos desde el fundacional caso Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989³¹, en el que considera que la espera en el «corredor de la muerte» constituye un trato vedado por el artículo 3. A este caso han seguido otros³².

²⁷ En Kurt c. Turquía, de 25 de mayo de 1998, considera que la madre de un desaparecido ha sido víctima de un trato inhumano o trato degradante a causa de la angustia sufrida tras la desaparición de su hijo y la ausencia de información oficial. El TEDH ha matizado esta doctrina en Cicek c. Turquía, de 27 de febrero de 2001, Yas c. Turquía, de 14 de noviembre de 2000, y Timurtas c. Turquía, de 6 de junio de 2000.

²⁸ Dos casos idénticos, G. B. c. Bulgaria e Iorgov c. Bulgaria, ambos de 11 de marzo de 2004. En ambos dos condenados a muerte soportan durante más de ocho años la angustia de no saber si serán ejecutados, tras la moratoria decretada por el Parlamento que luego cristalizó en la abolición de la pena de muerte, y unas condiciones de reclusión muy estrictas sin motivo alguno —aislamiento— que se prolongaron durante todo ese tiempo. Aunque el TEDH no equipara su situación a la de quien espera la ejecución el corredor de la muerte, sí aprecia una situación constitutiva de trato inhumano o degradante.

²⁹ Arranca de la interpretación sistemática de los artículos 1 y 3 del Convenio para concluir en la obligación positiva para el Estado de asegurar que nadie recibe malos tratos bajo su jurisdicción. A idéntica conclusión, pero con mayores implicaciones se llega en el caso H. I. R. c. Francia, de 27 de abril de 1997, pues la obligación derivada del artículo 3 CEDH se exige a Francia para concluir en que no puede expulsar a un traficante de drogas colombiano a quien, en su país, el Estado colombiano no podría proteger. En definitiva, es Francia la que ha de amparar no expulsando a quien correría riesgo en el país receptor.

³⁰ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (2001): *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, p. 141.

³¹ Sobre ésta y otras sentencias al respecto, cfr. SANTOLAYA MACHETTI, ob. cit., pp. 135 y ss.

³² Para los supuestos de expulsión, acaso el más significativo pronunciamiento del TEDH se produce en el caso D. C. c. Reino Unido, de 2 de mayo de 1997; un enfermo de SIDA es puesto en libertad en Gran Bretaña y decretada su expulsión a Saint-Kitts. Para el TEDH la ausencia de condiciones hospitalarias en Saint-Kitts convertía la expulsión en vulneradora del artículo 3 CEDH. En lo que atañe a la negación de asilo y la consecuente expulsión, que puede entrañar

En la general recepción de la doctrina del TEDH por parte del TC³³, la identidad entre las prohibiciones convencional y constitucional española ha facilitado la adopción por parte del TC de la doctrina del TEDH³⁴. Casi sin excepción todas las sentencias de nuestro Alto Tribunal citan, con más o menos profusión, sentencias del TEDH. Se trata de la obligada utilización del artículo 10.2³⁵ de nuestra Constitución.

2.2 *La inclusión de contenidos del derecho a la integridad en el derecho a la vida privada*

La Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH) presenta aquí la incomparable ventaja respecto al CEDH de reconocer expresamente el derecho

vulneración del artículo 3 del Convenio, el caso más significativo es Jabari c. Turquía, de 11 de julio de 2001. Un caso en el que a una ciudadana iraní niegan las autoridades turcas el asilo solicitado, como consecuencia de lo cual, a su vuelta a su país, podría sufrir tratos inhumanos o degradantes al estar perseguida por mantener relaciones sexuales con un hombre casado. Hay una «introducción indirecta del *non refoulement* de la Convención para todos los refugiados en el ámbito del CEDH». Se deja claro, por tanto, que el artículo 3 veda la expulsión de una persona a un país donde pueda sufrir tratos inhumanos o degradantes. Se produce con esta línea jurisprudencial una extensión del ámbito de aplicación del artículo 3 CEDH. Sobre ésta y otras sentencias en la materia, cfr. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo*, ob. cit., pp. 136 y ss. Y COHEN-JONATHAN, ob. cit., pp. 71 y 72. Es preciso, desde luego, un riesgo real como se explica, sobre todo, en Bensaïd c. Reino Unido, de 6 de febrero de 2001, como subraya SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo*, ob. cit., p. 138.

³³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «El valor en Derecho español de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos», *Boletín del Ilustre colegio de Abogados de Madrid*, núm. I, 1987, pp. 9 y ss. También Juan Luis REQUEJO PAGÉS, ob. cit., pp. 180 y ss. Y Javier DELGADO BARRIO (1989), «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española», *Revista de Administración Española*, núm. 119, pp. 233 y ss. También Lorenzo MARTÍN RETORTILLO (1998) se ocupa de la recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 247 y ss. Alejandro SAIZ ARNÁIZ (1999), *La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. En particular sobre la influencia en la jurisdicción contencioso administrativa, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT (1996), *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, pp. 133 y ss. También José GARBERI LLOBREGAT y Pablo MORENILLA ALLARD (1999), *Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*, Bosch, Barcelona.

³⁴ En lo esencial analizada por GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., pp. 101 y ss.

³⁵ Acerca del alcance del artículo, cfr. SAIZ ARNÁIZ que estudia los mecanismos interpretativos derivados del artículo 10.2 CE, *La apertura...*, ob. cit., pp. 205 y ss. y MARTÍN RETORTILLO, *La Europa...*, ob. cit., pp. 247 y ss.

a la integridad. Sin embargo, la desventaja del TEDH se troca en avance porque la Corte Interamericana solo ha tenido ocasión de resolver supuestos conexos a los casos de desapariciones para entender lesionado de forma autónoma el derecho a la integridad de los familiares de las víctimas³⁶, mientras que el TEDH ha abordado ya muchos casos donde era menester proteger la integridad sin apelar al artículo 3 CEDH y el derecho a la integridad ha acabado subsumiéndose en el derecho al respeto a la vida privada y familiar que proclama el artículo 8 CEDH³⁷. Ya son muchas las sentencias al respecto en las que el TEDH no ha dejado lugar a dudas de que el artículo 8 protege la integridad tanto física como moral (o psicológica en la versión en inglés). Se ha conformado así un genérico derecho a tomar decisiones acerca de la propia integridad y a su protección frente a diversos peligros que la amenazan. También en lo que atañe al derecho a la integridad personal, la influencia del TEDH sobre nuestro TC ha sido notable³⁸, a pesar de que el CEDH no reconoce un derecho equivalente ni siquiera parecido.

Pueden desglosarse los contenidos del derecho a la integridad encuadrados por el TEDH en el derecho a la vida privada, en las siguientes posiciones iusfundamentales:

a) Derecho a la protección penal de la integridad

La primera en establecer la conexión entre protección de la integridad y derecho a la vida privada fue la Comisión en sus decisiones X contra Austria, de 13 de diciembre de 1979, y Acmanne y otros contra Bélgica, de 10 de diciembre de 1984, pero fue la sentencia dictada por el TEDH en el caso X e Y contra Holanda³⁹, de 26 de marzo de 1985, la que consagró definitivamente la conexión, creando el derecho a la protección penal de la integridad, cuando afirmó:

³⁶ FIX ZAMUDIO, CANOSA USERA y CORZO:, ob. cit., pp. 163 y ss.

³⁷ SANTOLAYA MACHETTI (2004), *El derecho a la vida familiar*, Institut de Dret Públic-Tirant lo Blanch, Valencia. También CANOSA USERA (2006), *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, pp. 39 y ss.

³⁸ Pues como apunta SAIZ ARNÁIZ, el CEDH se adecua perfectamente al artículo 10.2 CE, *La apertura...*, ob. cit., pp. 155 y ss.

³⁹ En este caso en el que una joven de 16 años y disminuida psíquica fue obligada a mantener relaciones sexuales en la residencia para disminuidos donde estaba acogida. Para el TEDH no bastan las posibilidades de reparación civil y restringe el margen de apreciación de los Estados que no pueden, sin vulnerar el artículo 8 CEDH, dejar de brindar protección penal frente a los ataques más graves contra la integridad. La falta de protección penal podría entonces ser reclamada, de ahí nacería el derecho a una cierta protección penal de la integridad.

«La aplicabilidad del artículo 8 no se presta a controversia: los hechos que originan el caso afectan a la vida privada que cubre la integridad física de la persona y comprende la vida sexual» (parágrafo 22).

b) Derecho a autorizar o negarse a recibir tratamientos médicos

El derecho a la protección de la salud de los privados de libertad ha sido encuadrado por el TEDH en el artículo 3 CEDH, en la medida en la que si no se dispensa el tratamiento adecuado a los presos se infringe la prohibición contenida en el artículo 3 CEDH. Fuera de los centros de internamiento oficiales caería en la órbita del artículo 8, aunque en algunos casos también se han encuadrado en el artículo 3 CEDH⁴⁰. En general, se efectúa la conexión entre derecho a la vida privada y protección de la integridad, en relación con la práctica de tratamientos médicos⁴¹. Como afirma el TEDH en el caso *Pretty contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002:

«...la imposición de un tratamiento médico sin consentimiento del paciente adulto y sano de espíritu, constituiría un atentado a la integridad física del interesado, pudiendo afectar los derechos protegidos por el artículo 8 de la Convención» (parágrafo 63).

El TEDH es muy expresivo en otro supuesto de tratamiento médico sin consentimiento, el caso *Y. F. contra Turquía*, de 22 de julio de 2003⁴², en el que afirma:

«El artículo 8 es claramente aplicable...la vida privada que cubre la integridad física y psicológica de la persona...el cuerpo de la persona constituye el más íntimo aspecto de la vida privada de cada uno. Luego una intervención médica coactiva, incluso si es de menor importancia, constituye una injerencia en este derecho.» (parágrafo 33)

Típico supuesto de consentimiento es el caso *Glass contra Reino Unido*, de 9 de marzo de 2004, donde hay intereses y derechos contrapuestos. A un menor y

⁴⁰ Como en supuesto de pruebas de un medicameo sin consentimiento (caso *Batlany contra Rusia*, de 23 de julio de 2015) o en el caso *M. S. contra Croacia*, de 29 de febrero de 2015

⁴¹ Desde los casos *Herzegfalvy c. Austria*, de 24 de septiembre de 1992 y *Hoffmann contra Austria*, de 23 de julio de 1993 hasta el caso *Petrova contra Letonia*, de 24 de junio de 2014.

⁴² Una detenida kurda fue sometida a un examen ginecológico a instancia de la propia policía, para comprobar si la detenida había sido violada durante su detención. El TEDH elude encuadrar los hechos en el trato inhumano o degradante, a pesar de tratarse de una mujer privada de libertad por la policía, y prefiere hacerlo en el artículo 8 del Convenio.

en contra de la voluntad materna se le suministra un medicamento cuando estaba en peligro de muerte. La madre reclamó sin éxito el control judicial de la medida. El TEDH aprecia la lesión del derecho a la vida privada, justamente por esa ausencia de control judicial que pudo haberse producido en breve plazo. El TEDH deja claro que, salvo en caso de urgencia, es exigible el consentimiento paterno o autorización judicial para practicar una intervención quirúrgica o suministrar un tratamiento a un menor.

Lo más interesante de esta sentencia es que, por primera vez, el Tribunal se refiere expresamente al «derecho a la integridad», adscribiéndolo al derecho a la vida privada y familiar, cuando textualmente estima que en el caso se produce:

«... un atentado al derecho al respeto a su vida privada y en particular a su derecho a la integridad física» (parágrafo 70).

c) Derecho a la vida sexual y reproductiva

El TEDH ha protegido la integridad sexual de las personas y su libertad de decisión acerca de su vida sexual. Los atentados más graves contra ella han entrado en la órbita del artículo 3 CEDH, incluso en casos protagonizados por particulares. Pero, por lo general, estos atentados han sido considerados infracción del artículo 8 CEDH.

Fue inaugural el ya citado caso X e Y contra Holanda, donde el TEDH consideró infracción del artículo 8 CEDH la falta de sanción penal de los abusos padecidos por una discapacitada mental en una residencia.

Las implicaciones de los avances médicos han llevado al TEDH a plantearse la reproducción asistida y, sin llegar a incluirla en el derecho a la vida privada, el TEDH ha puntualizado que la privación a un recluso condenado a quince años que reclamaba la inseminación artificial de su esposa, violaba el artículo 8 CEDH (caso Dickson contra Reino Unido, de 4 de diciembre de 2007) o que la prohibición contenida en la ley austriaca de usar óvulos o esperma distintos del de los miembros de la pareja que deseaba someterse a reproducción asistida era discriminatoria (caso S. H. Contra Austria, de 1 de abril de 2010).

Tampoco el TEDH ha reconocido por el momento que el artículo 8 CEDH ampare un derecho al cambio de sexo, aunque cuando los Estados lo contemplan lo considere englobado en este precepto, pero se acerca mucho a reconocerlo cuando, desde el caso Christine Goowin contra el Reino Unido, de 11 de julio de 2007, afirma el derecho de los transexuales a la inscripción oficial de su nueva identidad sexual. El más reciente caso ha sido Garçon y Nicot contra Francia, de 6 de abril de 2017, en el que el TEDH se pronuncia por primera vez sobre la

exigencia del cambio quirúrgico de sexo para obtener el cambio en los documentos oficiales. Concluye que tal exigencia es inconvencional.

El TEDH también protege a los homosexuales que no pueden ser discriminados por su condición ni, por consiguiente, ser expulsados por ella de la Fuerzas Armadas (caso Beck, Coop y Bateley contra Reino Unido, de 22 de octubre de 2002).

d) La problemática del aborto

En relación con el aborto, en el caso Tysiac contra Polonia, de 20 de marzo de 2007, la negativa de las autoridades a la práctica de un aborto terapéutico provocó en la gestante, cuando dio a luz, una grave hemorragia ocular que era previsible; para el TEDH se vulneró el artículo 8 CEDH. A la misma conclusión llega el TEDH en el relevante caso A. B. y C. contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010, al considerar que la falta de desarrollo legal de la previsión constitucional que autoriza el aborto en caso de peligro para la vida de la madre vulneró el artículo 8 CEDH. El TEDH se refiere en esta sentencia al consenso europeo en la materia, pero no se atreve, como sugieren los firmantes de un voto particular, a afirmar un derecho al aborto subsumido en el derecho a la vida privada, y en concreto, en el derecho a disponer de la propia integridad física.

e) Frente a la contaminación ambiental

El TEDH ha resuelto casos generados por la contaminación acústica o por la contaminación industrial. Es destacable el inaugural caso López-Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994, donde el TEDH considera que la contaminación, tras descartar que pueda encuadrarse en la órbita del artículo 3 CEDH —en este caso por malos olores producidos por una depuradora—, aun cuando no suponían un riesgo grave para la salud, lesionaba el derecho a la vida privada. Para el TEDH, a la vista de los tres años que la demandante hubo de soportar los malos olores, se produjo un incumplimiento de la obligación estatal de proteger (art. 1 CEDH), al no ponderar adecuadamente los intereses de la demandante con los generales.

Desde entonces el TEDH ha sostenido en numerosas sentencias esta doctrina⁴³, llegando incluso a considerar vulnerado el derecho cuando su titular no ha

⁴³ Entre las más importantes: Caso Powel y Rayner contra el Reino Unido, de 21 de febrero de 1990, caso Hatton contra Reino Unido, de 8 de julio de 2003 (casos de ruido aeroportuario),

recibido información acerca de los riesgos que para su salud entrañaba vivir en la proximidad de una industria química, generando un derecho a la información ambiental, necesaria para tomar decisiones acerca de la propia vida privada y familiar (Caso Guerra y otros contra Italia, de 19 de febrero de 1998).

El TEDH ha ido incluso más lejos, en el caso Moreno Gómez contra España, de 16 de febrero de 2004, cuando considera lesionado el derecho por exigir los tribunales españoles prueba a la demandante que resultaba innecesaria para acreditar la contaminación por ruidos padecida, ya que la zona donde residía había sido declarada por el ayuntamiento zona acústicamente contaminada. Se genera así un derecho a no ser requerido con exigencias de prueba formalistas para demostrar una contaminación que está acreditada por las autoridades.

Sin embargo, en el caso Kyratos contra Grecia, de 22 de mayo de 2003, el TEDH rechaza la pretensión de ampliar el contenido ambiental del derecho a la vida privada para incluir otros contenidos de un hipotético derecho a disfrutar del medio ambiente. Los demandantes reclamaban contra la urbanización de una parte de gran valor ecológico de una isla griega. En este caso el TEDH respeta el margen de apreciación nacional para ponderar el desarrollo urbanístico con la preservación del ambiente natural.

f) En el ámbito doméstico

Sólo los casos más graves de violencia doméstica han caído en la órbita del artículo 3 CEDH. Aunque materialmente puedan equipararse a los maltratos, la autoría por particulares, en la mayoría de estos casos, ha acabado provocando que la argumentación del TEDH derivase a la esfera del artículo 8 CEDH que, enlazando con el artículo 1 CEDH (obligación de proteger), conforman un verdadero derecho a la protección de la integridad, apreciada por el TEDH entre los más vulnerables (mujeres y niños). Ello ha supuesto la inmersión de los poderes públicos en el núcleo íntimo de la vida personal para asegurar la integridad de quienes lo forman.

Se trata de una doctrina⁴⁴ reciente y novedosa que reposa siempre en un supuesto de hecho de violencia física o psicológica regularmente ejercida, por lo general contra la mujer por su compañero o marido. Así en el caso Bavacqua

caso Dees contra Hungría, de 9 de noviembre de 2010 (avenida ruidosa), caso Tatar contra Rumanía, de 27 de enero de 2009 (mina contaminante)

⁴⁴ Reforzada en los últimos años, pero iniciada en 1985, en el caso X e Y. contra Holanda, de 26 de marzo. En el caso Y. contra Eslovenia, de 28 de mayo, el TEDH considera la doble violación de los artículos 3 y 8 CEDH.

y S. contra Bulgaria, de 12 de junio de 2008, o en el caso A. contra Croacia, de 14 de octubre de 2010, supuesto en el que no se adoptan las medidas decretadas por los tribunales, porque, como se explica en el caso Hajduova contra Eslovaquia, de 13 de noviembre de 2010, no se ha protegido «la integridad física y mental de las personas, en particular vulnerables de la violencia doméstica».

3. RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Lo mejor en materia de protección de la integridad de las declaraciones internacionales de derechos y de las Constituciones nacionales encuentra acertada síntesis en los artículos 3 y 4 de la Carta (II-63 y II-64 del Tratado Constitucional). Se proclama el derecho a la integridad y se proscriben expresamente las acciones más lesivas del bien jurídico protegido por ese derecho. El artículo 3 (II-63 del Tratado) comienza por reconocer «el derecho a la integridad de la persona» y dispone en su apartado 1:

«Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.» (*mental*, en la versión inglesa y *mentale* en la francesa)

Resulta significativo que el Tratado Constitucional garantice un derecho únicamente reconocido en algunas de las Constituciones de los Estados miembros de la Unión.

Tras la proclamación del derecho a la integridad (art. 3 de la Carta), en el artículo 4 se proscriben la tortura, las penas y los tratos inhumanos o degradantes, casi con la misma fórmula textual del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

«Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

Para completar la proclamación y la complementaria prohibición el apartado 2 entra en novedosos terrenos donde la protección de la integridad resulta ya imprescindible, así establece:

«En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

— el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,

- la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,
- la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en el objeto de lucro,
- la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.»

Todo lo que se dijo al comentar el artículo 3 del Convenio Europeo puede ser ahora reproducido y no solo porque los artículos sean idénticos, sino además porque el artículo 52.3 de la Carta (II-112.3 del Tratado) expresamente dispone que aquellos de sus preceptos que contengan derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos:

«Su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.»

El artículo 52.3 contiene una cláusula similar a nuestro artículo 10.2 CE, pero más justificada por la deliberada reproducción, muchas veces textual, de disposiciones del CEDH en la CDFUE. De este modo, los preceptos de ésta nacen con historia jurisprudencial ya que del citado artículo 52.3 se infiere que la interpretación recibida por los preceptos del CEDH, ahora reproducidos en la CDFUE, de parte del TEDH fijan el alcance, también, de sus disposiciones gemelas en la Carta.

Esta situación ya está produciendo un diálogo entre los tribunales —TEDH, TJCE y tribunales constitucionales⁴⁵— que va decantando una interpretación común del Derecho europeo de la libertad: un espacio común de libertad. En este sentido, la proclamación formal, en la Carta de Derechos de la Unión, del derecho a la integridad personal ha de servir para dar consistencia argumental a todos los preceptos, del CEDH, los constitucionales y de la propia Carta, protectores de la integridad personal.

La hipotética adhesión de la Unión al CEDH, prevista en el artículo 6.2 del TFUE, y su aceptación de la jurisdicción del TEDH puede que ayuden a un mejor entendimiento entre el TEDH y el TJCE, sobre la base de la preponderancia del segundo en la interpretación de los derechos fundamentales.

⁴⁵ Como apunta GARCÍA ROCA, ob. cit., pp. 187 y 188, en una concurrencia de jurisdicciones a la que se refiere ALONSO GARCÍA, Ricardo (2001): «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, p. 15 y ss. También SAIZ ARNAIZ (2001), «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales. ¿Qué hay de nuevo?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, pp. 43 y ss.

4. EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA DETERMINACIÓN DE LAS POSICIONES IUSFUNDAMENTALES CUBIERTAS POR EL DERECHO A LA INTEGRIDAD

El Derecho Constitucional foráneo ha evolucionado desde 1978, incorporando en ocasiones el derecho a la integridad, en especial en Iberoamérica, en la senda marcada por el Pacto de San José⁴⁶. También en Europa donde, como ya he apuntado, se reconoce en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En España contábamos de entrada con la ventaja de contar con la declaración constitucional, así que los cambios han consistido en desarrollar el precepto constitucional y adaptar el ordenamiento infraconstitucional. Como, por lo demás, la realidad se ha transformado y nuevos riesgos para la integridad han aparecido, las modificaciones han sido muchas. Veamos algunas de las más llamativas.

En la STC 37/2011, de 28 de marzo, se recuerda que la proclamación del derecho fundamental no agota en sí misma su contenido. Al margen de la explícita prohibición de la tortura y de los demás tratos vedados, la Constitución no despeja la incertidumbre acerca del resto del contenido del derecho. Sólo es explícito el derecho a la integridad frente a torturas. El resto de los contenidos han sido revelados por la jurisprudencia (ya hemos visto la del TEDH que nos concierne) y desarrollados por el legislador.

En mi monografía dedicada al derecho a la integridad⁴⁷ distinguía entre posiciones absolutas y posiciones relativas. Las primeras serían aquellas que no admiten afectación ni restricción alguna, mientras que sobre las segundas podría pesar alguna intervención o afectación. Nos encontramos así con una pluralidad de contenidos⁴⁸ del derecho. Veamos ahora de qué manera esos contenidos implícitos han sido desvelados y cómo han sido concretados los explícitos.

4.1 *La violación procesal de la prohibición de torturas*

El artículo 15 CE concreta únicamente el derecho de no ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH ya analizada, es una posición absoluta y explícita⁴⁹, una regla no sujeta a posibles ponderaciones⁵⁰. Así lo ha confirmado el TC con

⁴⁶ Al respecto, cfr. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp. 23 y ss.

⁴⁷ *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp. 177 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ RODRÍGUEZ MORULLO, ob. cit., pp. 179 y ss.

⁵⁰ Joaquim GOMES CANOTILHO (1996), *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, pp. 533 y ss.

abundante cita de la jurisprudencia del TEDH, desde la STC 65/1986, de 25 de mayo⁵¹, y otras posteriores⁵².

Por un lado, el TC hace suya desde la STC 148/2004, de 13 de septiembre, y la mantiene en varias sentencias⁵³, la doctrina del TEDH (caso Soering c. Reino Unido), según la cual se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la preservación de la integridad cuando en los procedimientos de extradición o expulsión no se tienen en cuenta los riesgos que el sujeto podría correr en el lugar de recepción.

EL TC también se acompasa con el TEDH al considerar lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, con conexión o no con el artículo 15 CE, cuando no se investigan con rigor las denuncias de torturas y tratos inhumanos o degradantes (violación procedimental). Véase la última, la STC 153/2013, de 9 de septiembre, y otras varias⁵⁴.

Ocurre entonces que la insuficiente investigación judicial de los hechos denunciados impide apreciar si se dan los supuestos de hecho penales y se produce impunidad. Incluso llega a apuntar (STC 69/2008, de 23 de junio) que la petición de archivo formulada por el Ministerio Fiscal no enerva ese deber de investigación.

Porque el problema no está en la protección penal que es suficiente⁵⁵, sino en la imposibilidad de que sea efectiva cuando no se acometen seriamente las investigaciones judiciales tendentes a esclarecer esas situaciones del más grave daño para la integridad.

4.2 *Respecto a la protección de la salud y en el ámbito sanitario*

a) *Yuxtaposición con el derecho al respeto de la salud*

El TC ha venido reiterando que el derecho a la integridad protege la salud, es decir, el mismo bien que tutela el artículo 43 CE, en la medida en la que

⁵¹ Comentada por Francisco DÍAZ REVORIO (1997), «La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm 20-21, pp. 181 y ss.

⁵² Comentadas por CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp. 180 y ss.

⁵³ Las últimas: STC 14/2017, de 30 de enero; STC 2011/2016, de 28 de noviembre y STC 131/2016, de 18 de julio.

⁵⁴ STC 14/2002, de 28 de enero; STC 21/2005, de 1 de febrero; STC 225/2007, de 22 de octubre; STC 224/2007, de 22 de octubre; STC 34/2008, de 25 de febrero; STC 69/2008, de 23 de junio; 63/2010, de 18 de octubre; STC131/2012, de 18 de junio; STC 182/2012, de 17 de octubre; STC 12/2013, de 28 de enero.

⁵⁵ CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp. 206 y ss.

atentados graves contra la salud lesionarían la integridad⁵⁶. El TC subraya que basta el peligro grave para la salud, aunque no se produzca efectivamente el daño, para que haya violación del artículo 15 CE⁵⁷, incluso el riesgo para la integridad moral⁵⁸.

Un caso de interés es el resuelto por la STC 61/2007, de 26 de marzo, en la que el TC considera vulneración del derecho a la integridad física la encomienda a una mujer embarazada de tareas potencialmente peligrosas para su salud.

En definitiva, una parte del derecho a la protección de la salud viene así protegido, hasta en amparo, con esta identificación parcial con el derecho a la integridad. Pero los ámbitos no son coextensos porque el derecho a la integridad solo protege frente a los peligros graves para la salud.

b) El consentimiento en los tratamientos médicos

Contenido relevante del derecho a la integridad es el derecho a la incolumidad corporal⁵⁹, es decir, un derecho a no sufrir amputaciones o pérdida de algún órgano o sentido. Este contenido se extiende a una variedad de situaciones en las que el titular del derecho podría aceptar, por ejemplo, desprenderse de un órgano para donarlo o, más común, sufrir una intervención quirúrgica de alcance variable que incidiera en su integridad corporal.

Y también frente a tratamientos médicos, el consentimiento informado del sujeto a recibirlos implicaría ejercicio del derecho a la integridad. En todas estas situaciones el consentimiento legitima las intervenciones que, sin él, supondrían graves atentados a la integridad. Tales intervenciones pretenden preservar la salud del paciente, pero éste puede negarse a sufrirlas, aunque ello le cueste incluso la vida. Ya comprobamos como el TEDH ubicó el consentimiento informado en el derecho a la integridad que, a su vez, se adscribe al derecho a la vida privada (art. 8 CEDH). Esta doctrina es recibida por la STC 37/2011⁶⁰, de 28 de marzo (F. J. 3, 4, 5 y 7), desarrollándola y adaptándola para acabar sintetizando la propia respecto al consentimiento informado; en el caso resuelto en este

⁵⁶ STC 35/1996, de 11 de marzo, F. J. 3; STC 37/2011, de 28 de marzo, F. J. 3.

⁵⁷ STC 119/2001, de 24 de mayo, F. J. 6; STC 5/2002, de 14 de enero; F. J. 4 y 37/2011, de 28 de marzo.

⁵⁸ STC 221/2002, de 25 de noviembre.

⁵⁹ Teorizado por RODRIGUEZ MORRULLO, ob. cit., pp. 275 y ss. Asimismo cfr. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp. 192 y ss.

⁶⁰ Sobre esta sentencia cfr. el comentario de Ana Ylenia Guerra Vaquero (2013), «Nuevas tendencias en la interpretación del derecho a la integridad física: la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, sobre consentimiento informado», *Diario La Ley*, Número 8141.

amparo el TC aprecia que el cateterismo fue practicado sin obtener el consentimiento y que tampoco se dieron las circunstancias de inmediatez y gravedad que habría eximido a los facultativos de solicitarlo (F. J. 7)⁶¹.

En el plano legislativo la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vino a proclamar, en su artículo 1, el derecho a la protección de la salud. Más adelante (art. 10), detalla los derechos de los pacientes frente a las Administraciones públicas sanitarias. Algunos de esos derechos se han renovado y completado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁶². En particular, el artículo 8 de la Ley 41/2002 desarrolla el «consentimiento informado» —que ya el artículo 3 previamente define— y anticipa que será verbal por regla general, aunque se detalla cuándo habrá de prestarse por escrito: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, cuando se apliquen procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de «notoria o previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente» (art. 8.2). El paciente puede revocar libremente su consentimiento cualquier momento (art. 8.5)⁶³ o negarlo, ejerciendo así su derecho a la integridad, en su facultad negativa, como ha afirmado el TC.

⁶¹ A propósito de los casos de urgencia que eximen del consentimiento, *cfr.* Gonzalo ARRUEGO (2008), «La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, pp. 53-82.

⁶² Algunos de los preceptos de la Ley 14/1986 fueron derogados por la Ley 41/2002 que venía a desarrollar con detalle el Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina. En este sentido, la Ley 41/2002 establece con carácter general que todos los pacientes, tanto frente a la sanidad pública como frente a la privada, tienen derecho a recibir información completa sobre sus situación y posibilidades terapéuticas o quirúrgicas (Capítulo II), así como a decidir libremente después de recibir esa información (art. 2.3). Y asimismo derecho a formular su «previo consentimiento» (art. 2.2), así como a «negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley» (art. 2.4). La Ley 41/2002 recoge, en su artículo 1, los principios básicos, entre los que destacan la proclamación de la dignidad de la persona, la autonomía de la voluntad y la exigencia de libre consentimiento, y el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas que se presenten, así como el derecho a negarse a recibir tratamiento. Estos principios son luego desarrollados en otros preceptos. Así, tras la regulación del derecho a la información (capítulo III), el capítulo IV se dedica al «respeto a la autonomía del paciente», y regula todo lo relativo al consentimiento.

⁶³ Por su parte, el artículo 9.1 entra en los supuestos en los que la información, que el artículo anterior había considerado indispensable suministrar al paciente, puede dejar de suministrarse. Así, cuando lo justifique el interés del propio paciente, de terceros, de la colectividad o por exigencias terapéuticas del caso. También prevé este precepto que el paciente manifieste su deseo de no ser informado, sin perjuicio de consentir la intervención. Se infiere del precepto que puede recabarse el consentimiento y éste será válido y, por consiguiente, podrá efectuarse la intervención, aunque no se haya proporcionado información previa, bien por renuncia del paciente, bien porque

c) Donaciones y trasplantes

Como es sabido España es pionera en la organización nacional del sistema de donación, extracción e implantación. En todas estas operaciones está en juego el derecho a la integridad. Por lo que respecta a los trasplantes, se necesita un doble consentimiento: el de quien dona un órgano aceptando su amputación y el de quien lo recibe autorizando su implantación. Incluso cuando el órgano trasplantado procede de un fallecido, si éste no se opuso expresamente (art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre⁶⁴, sobre extracción y trasplante de órganos), la extracción puede realizarse, pero se requiere igualmente el consentimiento del receptor (art. 6 de la Ley 30/1979). Y la cesión de un órgano propio para que se disponga antes o después del fallecimiento conlleva una intervención quirúrgica para extirparlo, de tal manera que el consentimiento para sufrirla en vida es indispensable (art. 4 de la Ley 30/1979).

En la medida en la que los avances científicos permiten trasplantes de diversas partes del cuerpo, está «mecánica quirúrgica» produce cada vez mejores resultados que conviene aprovechar sin menoscabo, desde luego, del derecho a la integridad. Las donaciones, tal y como dispone el artículo 1 de la Ley 30/1979, solo son posibles con fines terapéuticos, al injertar el órgano donado en otra persona con el propósito de mejorar sustancialmente «su esperanza y condiciones de vida» (art. 4. d).

El ordenamiento sanciona la extirpación de órganos cuando no media la autorización señalada, ya sea en vida del paciente o tras su muerte, si bien la sanción es mayor si se procede en vida. Asimismo, se proscribe el comercio de órganos (art. 2 de la Ley 30/1979) que ha alcanzado una siniestra amplitud.

Otro tipo de donaciones es el que contemplaba la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Fue enjuiciada por la STC 212/1996, de 19 de diciembre, y sustituida por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que se ocupa, entre otras cosas, de regular la donación de embriones (art. 5).

concurran alguna de las causas mencionadas. Complementariamente, el artículo 9.2 establece los supuestos en los que la intervención puede efectuarse, aunque no medie consentimiento: si hay riesgo para la salud pública o riesgo inmediato para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible recabar su autorización. También se regula la prestación del consentimiento de menores e incapaces (art. 9). Por su parte, el artículo 10 detalla las condiciones de la información y el consentimiento escrito.

⁶⁴ La actualización de la regulación en materia de trasplantes se ha venido haciendo a través del desarrollo reglamentario, el último en el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre.

d) *El aborto como potencial ejercicio del derecho a la integridad por la gestante*

Si el derecho a la integridad equivaliera de forma irrestricta a la libre disposición sobre el propio cuerpo, el aborto podría ser considerado como cualquier otra intervención en la que el organismo sufriera la amputación de alguna de sus partes. El feto tendría entonces la consideración de mero apéndice del cuerpo de la madre del que ésta podría desprenderse ejerciendo su derecho a la integridad en su vertiente de libertad reproductiva. Sin embargo, el orden jurídico suele limitar esa libre disposición sobre el cuerpo, tanto para autorizar algunas intervenciones, aunque no medie consentimiento del sujeto, como para impedir que éste, incluso cuando lo desee, pueda someterse a ciertas intervenciones. Es el caso de la clonación reproductora⁶⁵ o el del aborto. Bienes jurídicos superiores acaban impidiendo la clonación, a pesar de la aquiescencia del que desea someterse a ella, o limitando la decisión de la madre de interrumpir su embarazo.

Sobre la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en algunos supuestos, la STC 53/1985 rechazó que el término «todos» que encabeza el artículo 15 de la Constitución implicase que el feto fuera titular del derecho a la vida. Para el Tribunal Constitucional el feto no es un mero apéndice de la madre del que éste pueda libremente desprenderse, ejerciendo su libertad y su derecho a la integridad. Para el Alto Tribunal la Constitución protege la vida, no solo la vida nacida sino también la por nacer, así que el *nasciturus* recibe la protección del ordenamiento y señaladamente la del orden penal. Pero, a diferencia de la vida independiente amparada absolutamente, la potencial que el *nasciturus* encarna, no goza de esa tutela sin fisuras, porque el orden jurídico consiente la interrupción de la gestación durante un plazo máximo cuando concurren circunstancias cualificadas que, reflejadas en la ley, el TC consideró legítimas.

Sin embargo, el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce la libertad de la madre para abortar libremente en las catorce primeras semanas del embarazo. Durante ese tiempo la madre no ha de acreditar ninguna causa ni supuesto legal para abortar, lo que implica directamente que el aborto en ese periodo implica un ejercicio del derecho a la integridad de la mujer que puede libremente someterse a una intervención que le extirpe el feto. Con la legislación actual se ha extendido el ámbito del ejercicio del derecho de la integridad de la gestante al reducir la protección del feto durante esas catorce semanas.

⁶⁵ Al respecto, cfr. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp. 185 y ss.

En esta siempre polémica materia está pendiente la resolución por el TC del recurso de inconstitucionalidad que, en su momento, ya tan lejano, se interpuso contra la vigente Ley, cuya declaración de constitucionalidad obligaría al TC a matizar mucho, sino a transformar radicalmente, su doctrina sentada en la STC 53/1985.

e) Esterilización de disminuidos psíquicos

Resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional (STC 215/1994, de 14 de julio)⁶⁶ consideró constitucional la despenalización de la esterilización de disminuidos psíquicos que contenía el artículo 428 del Código Penal (introducido por la Ley Orgánica 3/1989, 21 de junio) y que establecía:

«Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal de incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.»

Aunque se trata de un menoscabo grave de la integridad física del sujeto incapaz, para el Tribunal Constitucional los requisitos establecidos son suficientes para asegurar que la esterilización se produce solo en aquellos casos en los cuales la ponderación material la permite. El TC pondera los derechos en juego y descarta que la despenalización implique un riesgo de esterilización masiva de incapaces sostenida como una política gubernamental, porque la iniciativa es siempre privada, nunca pública, ya que son los representantes del incapaz quienes la han de asumir, en segundo lugar, porque el sujeto pasivo ha de estar incapacitado y, por último, porque la intervención solo puede practicarse cuando ha sido acordada por el juez, y éste toma su decisión no solo en base a las opiniones de los representantes sino tras oír al Ministerio Fiscal y a la vista de los dictámenes de dos especialistas que confirmen la gravedad de la deficiencia,

⁶⁶ Buenos resúmenes de esta sentencia ofrecen Mercedes GARCÍA ARÁN (1995), «Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos. (Comentario a la STC 215/1994, de 14 de julio)», *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 94, núm. 3, pp. 683 a 704, y José Antonio SEOANE RODRÍGUEZ, «Comentario crítico a la STC 215/1994, de 14 de julio, <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/8408/1/Alcance%20y%20significado%20de%20la%20constitucionalidad%20de%20la%20esterilizacion%20de%20incapaces%202.pdf>

y efectuada por el juez una exploración del incapaz. En el procedimiento judicial se formaliza una legítima sustitución de voluntad del deficiente⁶⁷.

El Tribunal Constitucional lleva cabo un juicio de proporcionalidad que tiene como resultado el sacrificio de la integridad del incapaz. Como el propio TC reconoce, el resultado «que es ciertamente gravoso» (fundamento jurídico 4), pero, según el Alto Tribunal, hay esa necesaria proporcionalidad entre la finalidad perseguida por el legislador y el medio previsto para alcanzarla (fundamento jurídico 4). El medio es la esterilización y la finalidad no puede ser otra que la prevista en el artículo 49 CE: la preservación de la salud y bienestar y especialmente el disfrute de sus derechos por parte del incapaz, en especial del derecho a una vida sexual no sujeta a la constante vigilancia y reprensión. Esa vigilancia constante sería contraria a la dignidad del incapaz y a su derecho a la integridad moral. La vigilancia estaría obviamente justificada porque el incapaz no podría hacer frente a los deberes inherentes a la paternidad que menciona el artículo 39.3 CE.

Para el Tribunal Constitucional la posibilidad del aborto no es alternativa razonable, pues su práctica puede resultar aún más traumática y no es definitiva como la esterilización. Por otra parte, reitera el Tribunal Constitucional, la constante vigilancia llegando a la «reprensión absoluta», se opone a los principios constitucionales de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) «cuando no, en la eventualidad de que exista intimidación, al derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE)» (fundamento jurídico 5).

Por lo demás, la esterilización no se acuerda con ánimo de vejar o envilecer y su práctica médica no supone trato inhumano o degradante alguno (fundamento jurídico 5). De todo lo anterior infiere el Tribunal Constitucional que la esterilización es medio idóneo y proporcionado al fin perseguido y la mejor alternativa.

El esfuerzo argumental del Tribunal Constitucional no ha acaba de ser todo convincente⁶⁸. Ello explicaría los cuatro votos particulares y que alguna doctrina haya sido muy crítica⁶⁹. Por lo demás, la vigente regulación penal mantiene, con algunas novedades, lo esencial de la despenalización.

La redacción del precepto penal vigente (art. 156, párrafo segundo), muy semejante al declarado constitucional por el Tribunal Constitucional, presenta

⁶⁷ FRANCISCO ASTUDILLO POLO (1995), «El derecho a la integridad física y esterilización de personas discapaces: Comentarios a la sentencia 215/1994 del Tribunal Constitucional», *Derechos y libertades*, núm. 17, p. 514.

⁶⁸ Como resalta, en mi opinión exagerando, ASTUDILLO POLO, ob. cit., p. 516, los argumentos del TC servirían para justificar también la esterilización de los violadores.

⁶⁹ Lo que conduce a ASTUDILLO POLO a considerar la esterilización una irracionalidad jurídica, ob. cit., p. 515.

algunas novedades, y aunque no cambien los requisitos⁷⁰, introduce la importante novedad de establecer el criterio rector del «mayor interés del incapaz». Se traslada a este ámbito el principio de mayor interés del menor que rige en el Derecho de menores⁷¹. Por lo demás, la declaración, en 2012⁷², de los derechos de las personas con discapacidad, entre los que hallamos el derecho a una vida independiente y el derecho a la protección de la salud, condiciona la necesaria ponderación que en cada caso deba hacerse.

f) En el ámbito de los experimentos médicos o científicos

Como en otras ocasiones, la ciencia hace posibles cosas cuya viabilidad ética es dudosa⁷³. Muchas de las prácticas médicas o científicas afectan directamente a la integridad física, psíquica o moral del ser humano y, por ello, al núcleo duro de su dignidad⁷⁴. Ante este hecho, los ordenamientos jurídicos no hacen sino regular lo que las sociedades consideran viable descartando experimentos posibles pero reprochables⁷⁵.

⁷⁰ En el nuevo precepto se permite que la decisión judicial acordando la esterilización se produzca en el mismo procedimiento de incapacitación o bien en expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad.

⁷¹ Como en estos casos, en las situaciones donde se ven envueltos los disminuidos psíquicos, debe el juez hacer valer su supremo interés por encima de otros intereses presentes, por muy legítimos que éstos resulten. Con el establecimiento del criterio rector del máximo interés del incapaz, el legislador completa el círculo de garantías que algunos votos particulares a la STC 215/1994 consideraban insuficientes. El criterio del mayor interés del incapaz posiblemente se colegía de una interpretación conforme a la Constitución del anterior Código. Aunque el TC no lo tuvo en cuenta expresamente en el juicio de proporcionalidad que culminó, la finalidad que justificaba la medida era el bienestar del menor y el ejercicio de sus derechos. Pero la nueva norma proporciona al juez el criterio decisivo, de tal suerte que no basta que se cumplan todos los requisitos, se obliga también al órgano judicial a apreciar —y fundar en ella— la conveniencia para el incapaz de sufrir la esterilización, en atención de las circunstancias del caso. No es el interés del representante el que ha de primar sino el del incapaz, y al juez corresponde, por tanto, ponderar si la esterilización es medida proporcionada para la defensa del supremo interés del incapaz.

⁷² Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, norma con la que se desarrolla en España la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, suscrito en el marco de las Naciones Unidas en 2006.

⁷³ *Ibid.*, p. 136.

⁷⁴ Contra ellas advierte Ernesto BENDA (1996) alarmado, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, p. 137.

⁷⁵ Juan Miguel MORA SÁNCHEZ (2001) plantea la cuestión y recuerda los Convenios europeos en la materia, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, p. 84.

Ya es abundante tanto la legislación internacional como la nacional al respecto, y las prohibiciones alcanzan también la esfera penal. Fue, sin embargo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, el primero que hizo mención al asunto, aunque únicamente para exigir el consentimiento del afectado por este tipo de prácticas. El artículo 7 del Pacto dispone:

«En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.»⁷⁶

Para afrontar las cuestiones suscitadas por esos avances de la biomedicina, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y de la medicina (Convenio de Oviedo)⁷⁷ fue aprobado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Como destaca la exposición de motivos de la Ley 41/2002⁷⁸, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, el Convenio de Oviedo es el primer instrumento internacional sobre estas materias que posee carácter jurídico vinculante⁷⁹.

Su artículo 1 establece la finalidad principal: proteger al ser humano en su dignidad y en su identidad, sin discriminación alguna, y preservar el respeto de su integridad y de los demás derechos fundamentales, valores todos ellos comprometidos con un mal uso de los avances de médicos. Se ponen límites a la ciencia a la luz del canon de la dignidad utilizando dos técnicas: la de la prohibición y la de la limitación, aunque se parta de la libertad de experimentación biológica y médica (art. 15).

Las proscripciones comienzan con la prevista en el artículo 11 que veda toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético. Ante

⁷⁶ Algunas Constituciones de los años noventa se han hecho eco de esta exigencia de consentimiento: en el ámbito europeo la Constitución eslovena de 1991 (art. 18), la de Estonia (art. 18.2), la lituana de 1992 (art. 21.4) y la polaca (art. 39.1). En el área iberoamericana, la Constitución venezolana de 1999 (art. 46).

⁷⁷ En general acerca del alcance de este Convenio cfr. VVAA (2003): *El destino de los embriones congelados*, Fundación Universitaria Española, Madrid, y Narciso MARTÍNEZ MORÁN (coord.) (2003), *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Comares, Granada.

⁷⁸ Acompañada en la tarea de llevar al ordenamiento español los contenidos del convenio de Oviedo, por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Sin olvidar la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, y el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, de Ensayos clínicos.

⁷⁹ Aunque el convenio de Oviedo no es un Protocolo al CEDH, el TEDH se refiere a él en una docena de casos, desde el caso Glass contra el Reino Unido, de 9 de marzo de 2004, hasta Parrillo contra Italia, de 27 de agosto de 2015.

la posibilidad de que la identidad genética pueda ser conocida⁸⁰ se prohíbe la discriminación. En conexión con esta prohibición, el artículo 12 del Convenio proscribía las pruebas genéticas predictivas, salvo que tengan fines terapéuticos o de investigación médica.

Por otro lado, la intervención en el genoma humano solo estaría justificada «por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas» (art. 13), pero se prohíbe radicalmente la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia (art. 13). Esta última práctica, entre cuyas manifestaciones estaría la clonación reproductiva, queda rigurosamente prohibida.

El artículo 14 se refiere a un mecanismo de selección del sexo de la descendencia para permitirlo únicamente si es para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.

En el capítulo de las prohibiciones también hay que incluir la de crear embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación (art. 18.2). No se prohíbe ciertamente la creación de embriones humanos mediante las técnicas de fecundación *in vitro*, ni la experimentación con los embriones sobrantes (art. 18.1) ni desde luego la experimentación con embriones no viables.

La última previsión taxativa se recoge en el artículo 21 que proscribía el aprovechamiento del cuerpo humano y de sus partes. No se excluye solo la obtención de lucro por la venta del cuerpo de alguna de sus partes, sino, en general, todo aprovechamiento, sin especificar de qué naturaleza. Se extiende, pues, el ámbito de la prohibición más allá de lo puramente comercial.

Por su parte, las limitaciones condicionan, pero no impiden las prácticas médicas. Tienen que ver con el respeto de la libertad de los sujetos pasivos de esas prácticas y se manifiestan en la exigencia de consentimiento de los afectados. Cuando juegan las prohibiciones, el consentimiento es, sin embargo, irrelevante pues la práctica prohibida no puede realizarse, aunque quien la fuera a sufrir desee someterse a ella⁸¹.

La regulación de la experimentación científica (capítulo V) y de la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes (capítulo VI) acota, primero, la

⁸⁰ CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp. 89 y ss.

⁸¹ Tanto el capítulo II (artículos 5 a 9) como los artículos 16 y 17 (relativos al consentimiento en los experimentos científicos) y los artículos 19 y 20 (relativos al consentimiento en la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes) regulan las modalidades de la prestación del consentimiento. Se prohíbe, desde luego, el consentimiento de persona que carezca de capacidad para prestar, en los casos de extracción de órganos o tejidos (art. 20.1) salvo casos tasados (art. 20.2). Por otra parte, los experimentos con personas que carezcan de capacidad para prestar solo son posibles si se dan las circunstancias previstas en el artículo 17.1 y 2 y siempre que la afectado no exprese su rechazo.

finalidad de cada práctica científica y terapéutica respectivamente, y asegura, además de la libertad de consentir y de revocar el consentimiento, otras garantías para que la práctica sea pertinente y proporcional a la finalidad que en cada caso se persigue.

Es asimismo interesante la regulación que su artículo 9 efectúa del llamado testamento vital⁸² mediante el cual el sujeto expresa su voluntad acerca de lo que desea que se haga en el momento de una intervención cuando acaso no se encuentre en situación de expresar su voluntad. Se trata de una expresión anticipada y formal de consentimiento u oposición, respecto a situaciones frente a las cuales pueda el sujeto no estar en condiciones de pronunciarse.

En este difícil campo de la biomedicina y la bioética, siguiendo la estela del Convenio de Oviedo, entra la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea cuyo artículo 3.2 ya hemos analizado antes⁸³.

4.3 *Derecho a la integridad frente a contaminación*

Recibiendo la doctrina del TEDH ya explicada sobre el derecho a la vida privada frente a contaminación, el TC la adapta desvelando dos nuevos contenidos del derecho a la integridad y del derecho a la intimidad, ambos frente a contaminación. Lo hizo en la STC 119/2001, de 24 de mayo, dictada en Pleno a pesar de tratarse de un recurso de amparo. Operó una ampliación del ámbito del recurso de amparo que se había negado a efectuar, dando así ocasión a que el TEDH dictara la sentencia en el caso López Ostra. Para introducir la modificación de su jurisprudencia el TC comienza afirmando:

«La Constitución no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios sino reales y efectivos. Se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas (en su anterior jurisprudencia) sino también frente a los riesgos que pueden surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.» (fundamento jurídico 5)

Y para enlazar con su doctrina anterior, recuerda que el derecho a la integridad física y moral protege:

«... la inviolabilidad de la persona no solo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular.» (fundamento jurídico 5)

⁸² CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp. 65 y ss. Asimismo, GARCÍA PRESAS, Inmaculada (1989), «El testamento vital en España», *Revista de Derechos fundamentales*, núm. 6, pp. 171 a 197.

⁸³ Cfr. *supra* 3.

Pareciera que el cambio no radica en el entendimiento de los bienes jurídicos en juego, la integridad y la intimidad, sino en el ámbito de los peligros contra los que se les protege. El bien jurídico protegido sigue siendo la «inviolabilidad de la persona», pero la tutela no se ciñe ya frente a los ataques encaminados a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino que también se opone a «toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular». Lo anterior permitiría considerar la contaminación, si afecta al cuerpo y al espíritu, una lesión del derecho. En definitiva, se trata de un reconocimiento implícito del contenido ambiental de esos derechos⁸⁴.

Los hechos del caso que fuerzan el cambio de opinión del Tribunal, son cotidianos y frecuentes⁸⁵ así que el Tribunal Constitucional, una vez sentada la posibilidad de apreciar la lesión ambiental de derechos fundamentales, indica en qué circunstancias se produciría esa vulneración. En lo que atañe al derecho a la integridad, el Tribunal Constitucional sostiene:

«Habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15.1 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de la acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 CE» (fundamento jurídico 6).

En el caso concreto, el TC no considera, sin embargo, probada la lesión. Precisamente en este punto llama la atención que ni el Tribunal Constitucional ni el voto particular se hagan eco de una propuesta lanzada por el Ministerio Fiscal. Este apuntó que convenía invertir la carga de la prueba cuando la conta-

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 710 y 711; y del mismo autor(2000) *Constitución y medio ambiente*, Dykinson, Madrid, pp. 133 y ss.

⁸⁵ Una mujer cuyo domicilio se encuentra sobre una discoteca, insta al ayuntamiento de Valencia para que proteja sus derechos fundamentales, lesionados, a su juicio, por el ruido emitido en la discoteca. El ayuntamiento no responde y la vecina acude a los tribunales. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia desestimó la pretensión por entender que los ruidos medidos en el zaguán colindante a la discoteca no superaban los máximos permitidos ya que oscilaban entre 35 y 37 decibelios. A tal intensidad no podían atribuirse los pretendidos efectos lesivos para la vida, la salud, la intimidad o la inviolabilidad del domicilio. Tampoco, en opinión de aquel tribunal, la actora demostró que el insomnio padecido trajera causa de las molestias presuntamente sufridas a causa del ruido. Sobre esta sentencia, cfr. el comentario de CANOSA USERA (2002), «Pretensiones ambientales en amparo constitucional. Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo», en *Teoría y realidad constitucional*, núms. 10-11, pp. 708 y 709.

minación acústica tiene lugar en las llamadas zonas de protección acústica, declaradas por el Ayuntamiento cuando una cierta parte de la ciudad presenta elevada contaminación de este tipo.

Después, TEDH dictó sentencia, de 16 de noviembre de 2004. en el caso suscitado por la Sra. Moreno, la recurrente en el amparo que desembocó en la STC 119/2001. Si en esta sentencia el TC hacía suya la doctrina del TEDH, pero no concedía el amparo por falta de acreditación de la lesión, el Tribunal Europeo aprecia lesión del derecho a la vida privada y familiar al considerar que el mismo Ayuntamiento de Valencia, al declarar la zona donde vivía la quejosa acústicamente contaminada, reconocía implícitamente los perjuicios ocasionados a los residentes, así que, a juicio del TDH, exigirse a la Sra. Moreno que acreditase lo que ya las autoridades había acreditado no era de recibo. En realidad, la línea argumental del TEDH en parte concuerda con la del fiscal en el caso de la STC 119/2001⁸⁶. En un caso casi idéntico, resuelto por la STC 150/2011, de 29 de septiembre, el TC reitera la doctrina de la STC 119/2001, pero vuelve a desestimar el amparo por falta de prueba, lo que llevó a demandante al TEDH cuya sentencia aún está pendiente.

Como ocurre con el derecho a la protección de la salud, en otros casos y también en el resuelto por la STC 119/2001, la conexión entre derechos fundamentales protegibles en amparo y derecho a la protección de la salud o derecho a disfrutar del medio ambiente, permite que entren en amparo eventuales lesiones de derechos no mencionadas en el artículo 53.2 CE.

4.4 *Derecho a la protección*

Como la STC 181/2000, de 29 de junio, recordó, la Constitución no solo reconoce derechos subjetivos, sino que su declaración contiene mandatos al legislador. En relación al artículo 15, el problema estribaría entonces en determinar si es posible exigir subjetivamente una protección, incluso del legislador. El TEDH en el caso X. e Y. contra Holanda, de 26 de marzo, construye un derecho a la integridad frente a la omisión legislativa, dando una respuesta afirmativa a nuestra pregunta. Y en nuestro ordenamiento sería posible por la vía del amparo indirecto contra leyes defender tal pretensión, ahora más fácil porque

⁸⁶ Es el Tribunal Supremo el que recibe la doctrina del TEDH en el caso Moreno Gómez contra España, de 2004. Cfr. el comentario de esta sentencia efectuado por CANOSA USERA (2009), «El caso Barajas, la eficacia del derecho a la intimidad domiciliaria frente a contaminación», en *Revista de Jurisprudencia*, El Derecho Editores, Año V, núm. 1, noviembre 2009, pp. 1 a 6.

el justiciable puede, tras la reforma de la LOTC de 2007, alegar directamente ante el TC.

En la citada STC 181/2000, que confirmó la constitucionalidad de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros de crédito (diez cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas) se afirmó:

«El artículo 15 solo condiciona legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar en el sentido de exigirle que establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad inherente al ser humano (art. 10.1 CE) y, en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad, según la expresión literal del artículo 15 CE, en todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas» (fundamento jurídico 9).

En vía de amparo, las STC 267/2000, de 13 de noviembre (fundamento jurídico 4), STC 21/2001, de 29 de enero (fundamento jurídico 3) y la STC 134/2003, de 30 de junio (fundamento jurídico 3) se enfrentan con la pretensión aludida: lesión del artículo 15 por aplicación del baremo previsto en la Ley 30/1995. El Tribunal Constitucional en los tres casos cita el fundamento jurídico 9 de la STC 181/2001 para acabar entendiendo que no se vulnera el artículo 15 CE, pues el baremo aplicado fue declarado constitucional en esta última sentencia. En los tres casos aprecia, sin embargo, lesión autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva pero no en relación con el artículo 15 CE⁸⁷.

Si ya puede alegarse implícitamente el derecho a la protección, incluso frente al legislador, ya explícitamente ha sido reconocido, aunque solo a favor de las mujeres, por el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo) que, bajo el título de «Protección contra la violencia de género», establece:

«Las mujeres tienen derecho a una protección integral contra la violencia de género que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas».

Una variada panoplia de medidas de todo tipo, incluyendo las penales han sido introducidas en nuestro ordenamiento para proteger a las mujeres⁸⁸. La alarma social reclamaba esa protección supletoria que acaso merecen también otros grupos vulnerables como los niños o los ancianos.

⁸⁷ La doctrina de la STC 181/2000 vuelve a aplicarse en la STC 105/2004, de 28 de junio, y en la STC 178/2014, de 3 de noviembre, casos en los que los demandantes consideran que la reducción de la cuantía de la indemnización era lesiva, entre otros, del derecho a la integridad.

⁸⁸ Cfr. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp.206 y ss.

Otro ejemplo de singular atribución de un derecho de protección se introdujo en favor de los alumnos con la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre (posteriormente derogada), de Calidad de la Educación, cuyo artículo 2 d) proclamaba el derecho «a protección contra toda agresión física o moral». Esta cláusula completaba el reconocimiento del «derecho a la integridad y dignidad» (art. 2 c); este último venía ya reconocido en la LO 8/1985, reguladora del derecho a la educación. Esta ley sigue proclamando ambos derechos (art. 6.3. b) y f). El TC no consideró, sin embargo, que la escolarización de un deficiente mental en una escuela especial en lugar de en una ordinaria fuera lesiva del derecho a la integridad moral del alumno (STC 10/2014, de 27 de enero).

A pesar de las apariencias, reconocer un derecho a la protección en favor de una parte de los titulares del derecho —las mujeres en el precepto estatutario andaluz, los alumnos en las leyes educativas— no me parece medida sensata porque lo que hace a los derechos tales es su universalidad. En mi opinión, todos seríamos titulares de un derecho a la protección del que serían sujetos pasivos los poderes públicos, así que lo razonable sería, como por lo demás ha hecho el legislador, reforzar la protección de los titulares el derecho cuya integridad es más vulnerable. Se trata de asegurar el disfrute del derecho a todos, no interfiriendo, pero protegiendo más a quienes lo necesitan. Y para ello no es preciso, a mi entender, proclamar derechos de protección solo en favor de grupos específicos.

Una última sentencia del TC, la polémica STC 145/2015, de 25 de junio, merece comentario en este epígrafe, porque en ella se plantea la protección objetiva de la integridad, en este caso ligada a la salud sexual y reproductiva, frente a la que se opone la objeción de conciencia de una farmacéutica que se negaba a vender la píldora del día después; esta negativa le costó una sanción administrativa que el TC considera lesiva de la libertad de conciencia de la demandante (art. 16 CE). En este caso la protección de la integridad de los eventuales compradores de la píldora vale menos que la objeción de conciencia inferida de la libertad de creencias.

Tanto los menores como las personas con discapacidad intelectual⁸⁹ suelen carecer de capacidad, temporal o definitiva, para prestar el consentimiento que requiere en ciertas ocasiones el ejercicio del derecho a la integridad. Por otro lado, su integridad puede sufrir menoscabo sin que ellos sepan eludirlo. Los primeros encargados de la protección son los representantes legales, padres o tutores; a éstos corresponde suplir el consentimiento cuando el afectado no puede prestarlo y defenderlo de los peligros para su integridad. Lo mismo sucede

⁸⁹ Cfr. *supra* cap. 4.2. e).

con los deficientes psíquicos cuya falta de discernimiento es, en principio, definitiva.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ha planteado normativamente la pauta de la progresiva maduración del niño y del paulatino ejercicio de sus derechos. Aunque en principio la prestación del consentimiento para las intervenciones quirúrgicas corresponde a los padres o tutores, la legislación española contempla la participación del menor en la adopción de la decisión⁹⁰. Y en este contexto el problema mayor surge cuando la voluntad paterna parece en contradicción con el supremo interés del menor. En estos casos se activan mecanismos para preservar el interés del menor sustituyendo aquella voluntad por la del poder público especialmente encargado (caso de pérdida de la patria potestad) o acordada por el juez.

Un ejemplo interesante lo ofrece la STC 154/2002, de 18 de julio, que resolvió un caso de conflicto entre derechos a la vida y a la integridad y a la salud de un menor y el derecho a la libertad de conciencia de los padres. El hijo de una familia de testigos de Jehová necesitaba, según opinión de los médicos que le atendieron en diversos hospitales y clínicas adonde fue llevado, una urgente transfusión sanguínea. Los padres se negaron a autorizarla y a disuadir a su hijo adolescente para que la aceptara. Una primera resolución judicial autorizando la transfusión no fue ejecutada ante el pánico del menor a someterse. A la postre se efectuó la transfusión que no sirvió para salvar la vida del menor. Los padres fueron condenados por un delito de homicidio en grado de comisión por omisión. El Tribunal Constitucional, al resolver el amparo interpuesto por los padres contra la sentencia del Tribunal Supremo que confirmó la condena, estimó la pretensión de los recurrentes por entender que, si bien éstos no autorizaron la transfusión, tampoco la impidieron y pudo al fin practicarse. El Tribunal Constitucional apunta que no podía obligarse a los padres a ejercer su patria potestad en contra de sus propias convicciones religiosas. El TC sigue parcialmente la estela del TEDH en el caso *Glass c. Reino Unido*, de 9 de marzo de 2004, solo que el TEDH aprecia lesión de la integridad física del menor por haberle sometido a un tratamiento sin consentimiento materno ni autorización judicial.

En su STC 221/2002, de 25 de noviembre, el TC sienta una doctrina, luego reproducida (STC 71/2004, de 19 de abril; STC 22/2008, de 31 de enero; y STC 163/2009, de 29 de junio). Resuelve un caso de protección de la integridad

⁹⁰ Cfr. el régimen general del consentimiento, artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Este precepto se refiere expresamente al artículo 9 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, que lo matiza.

moral del menor frente a sus padres. Se pondera entre el derecho del menor a la integridad moral, identificada por el Tribunal Constitucional con la integridad psíquica, y el derecho de los padres a la reagrupación familiar. Mientras que la niña quería continuar con la familia de acogida, sus padres querían que viviera con ellos. El Tribunal Constitucional recuerda que, para apreciar lesión del derecho a la integridad moral, basta el riesgo grave. Asimismo, apunta que el derecho de los padres al reagrupamiento familiar no puede primar sobre el derecho del menor a no padecer daños psíquicos (derecho a la integridad moral, artículo 15 CE). En el caso, la Audiencia vulneró el derecho a ser oída de la niña poniendo en riesgo su integridad moral, ya que ya era suficientemente madura para que su testimonio fuera tenido en cuenta (art. 9 de la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor).

4.5 *La negativa a sufrir intervenciones corporales previstas legalmente y la exclusión de la garantía de indemnidad*

El ordenamiento español ampara un atípico ejercicio del derecho a la integridad que consiste en negarse a sufrir las intervenciones que afectan a la integridad física del afectado⁹¹, previstas legalmente y acordadas judicialmente con todos los requisitos de legitimidad⁹², pero no se aseguraría la garantía de indemnidad y el sujeto podría ser sancionado por esta negativa⁹³. La falta de consentimiento no constituye un obstáculo absoluto. No es fácil explicar el fundamento constitucional de esta negativa que implica el ejercicio del derecho a no sufrir trato inhumano o degradante; este ejercicio refuerza la facultad de mantener intangible la propia integridad, pero no viene asistido por la garantía de indemnidad, es decir, puede ser sancionado.

Esta posibilidad de negarse se ha planteado en los casos relativos a la práctica de la prueba de alcoholemia y de la prueba de paternidad. En ellos tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han consagrado implícitamente tal negativa del afectado, pero amparado también las deducciones en su contra llevadas a cabo por la jurisdicción⁹⁴. La coerción física contra la voluntad del interesado viciaría el valor probatorio de lo así obtenido que constituiría

⁹¹ *Ibid.*, pp. 233 y ss.

⁹² *Ibid.*, pp. 234 y ss.

⁹³ Acerca de los efectos probatorios de la negativa, cfr. DÍAZ REVORIO, ob. cit., p. 182. Y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ (1992), «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales», *Poder Judicial*, núm. 25, p. 77.

⁹⁴ Lo explica muy bien RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 66 y ss.

prueba ilícita⁹⁵. Y esta consecuencia se produciría tanto en el proceso civil como en el penal, aunque con algunas matizaciones⁹⁶.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos⁹⁷, en los que se prevé la coacción física para someter al sujeto a pruebas que entrañan esa intervención corporal, el nuestro no la prevé y la jurisprudencia parece calificar tales coacciones como trato degradante que incluso supondrían para quien protagonice la coacción una sanción penal, aunque parte de la doctrina apuesta por permitir las⁹⁸.

A propósito de este punto, la STC 37/1989, de 15 de febrero⁹⁹, se pronuncia confirmando la legitimidad constitucional de la prueba ginecológica en el transcurso de un proceso penal, para comprobar la comisión de un delito de aborto. Pero el TC advierte de que no cabe obligar a someterse a ella:

«... mediante el empleo de la fuerza física que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 CE.» (fundamento jurídico 7)

Imponer por la fuerza la realización de estas intervenciones, al menos en supuestos como el resuelto por el TC, implicaría superar el límite que impone el artículo 10.1 CE de respeto a la dignidad de la persona y, por añadidura, vulnerar el artículo 15 CE. El deber de colaborar con la administración de justicia

⁹⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Ángel GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, p. 101, GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (1999): *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, p. 346, Juan Miguel MORA SÁNCHEZ (2001), *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Granada, p. 173, y Eduardo MONER MUÑOZ (1993), «Las intervenciones corporales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, XXIX, p. 167 y ss. analizan esos ordenamientos.

⁹⁸ Apuestan por la conveniencia de la coacción física, entre otros, Vicente GIMENO SENDRA, Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ (1999), *ob. cit.*, pp. 456 y 457. MORA SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 207, Antonio Pablo RIVES SEVA (1999), *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Pamplona, p. 307. MONER MUÑOZ, *ob. cit.*, p. 166, José Antonio DÍAZ CABIALE (1993), «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, XIX, p. 138, FERRER AMIGO, «La incidencia constitucional de las intervenciones corporales», *La restricción de los derechos fundamentales en el proceso penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1993, Vol. XXIX, p. 401, Nicolás GONZÁLEZ CUÉLLAR (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, p. 290, y Ángel GIL HERNÁNDEZ (1995), *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, pp. 65 y ss. más matizadamente apuesta por hacer algo, pero sin decantarse abiertamente por la coacción física.

⁹⁹ Cfr. el análisis crítico con esta sentencia llevado a cabo por GIL HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 41 y ss. Y por Nicolás GONZÁLEZ CUÉLLAR (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, p. 290.

(art. 118 CE) no entrañaría obligación de colaborar activamente en la realización de pruebas que puedan incriminar a quien las sufran¹⁰⁰. Además de otros derechos que pueden oponerse legítimamente a la intervención¹⁰¹.

La constitucionalidad de las intervenciones consagradas por el Tribunal Constitucional¹⁰² no implicaría su realización por la fuerza, ya que nadie puede ser compelido *vis* física (STC 107/1985). No hay, sin embargo, impedimentos constitucionales para sancionar a quien se niegue a someterse a alguna de estas pruebas¹⁰³.

Para el Tribunal Constitucional este tipo de pruebas están justificadas en un fin constitucionalmente legítimo, no son lesivas de la dignidad del afectado si su práctica cumple los requisitos pertinentes (cfr. la STC 7/1994, de 17 de enero, fundamento jurídico 3). Son, en definitiva, una modalidad especial de pericia que implica un sacrificio de la integridad corporal sin riesgo para la salud del afectado.

En la STC 7/1994, el Tribunal Constitucional deduce la obligación de prestarse a la prueba biológica no solo en:

«... deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal y de prestar la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), sino por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.4 CE)» (fundamento jurídico 4).

«los límites que los artículos 18.1 y 15 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas» (fundamento jurídico 5).

Confirman esta doctrina las STC 95/1999, de 31 de mayo y STC 29/2005, de 14 de febrero. En esta última se anula la atribución de la filiación decidida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por entender el Tribunal Constitucional que la decisión anulada se fundaba exclusivamente en la negativa, sin

¹⁰⁰ Como afirma MONER MUÑOZ, *ob. cit.*, p. 178. Para MORA SÁNCHEZ no son suficiente los artículos 118 CE y 17.1 LOPJ.

¹⁰¹ En particular la negativa amparada en los artículo 15 y 18.1 CE, RIVERO HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 58. MONER MUÑOZ se refiere a la libertad de negarse, *ob. cit.*, p. 168.

¹⁰² RIVERO HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 69.

¹⁰³ Como ha señalado la STC 161/1997, de 2 de octubre, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 380 del Código Penal que sanciona como delito de desobediencia la negativa a prestarse a la prueba de alcoholemia. El Tribunal Constitucional reitera sus argumentos a propósito de la naturaleza de esta prueba pericial expuestos en varias de sus sentencias (STC 107/1985, STC 103/1985, STC 100/1985 y STC 145/1985).

valorar este indicio conjuntamente con otros que permitieran esa atribución. Con carácter general, puede, según lo dicho, concluirse en que la negativa, si bien impide la realización de la prueba por la fuerza —pues la prueba sería ilícita amén de lesiva de la integridad física y de la libertad del sujeto—¹⁰⁴, carece de justificación en los artículos 18.1 y 15 CE. No obstante lo anterior, pueden imaginarse supuestos de negativas justificadas, por ejemplo en la salud del sujeto o por sus creencias¹⁰⁵. Queda proscrita la amenaza de coacción física¹⁰⁶, así que la negativa del sujeto impide, salvo alguna excepción¹⁰⁷ que la prueba se efectúe.

En cuanto a la sanción de la negativa¹⁰⁸, solo la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para comprobar hechos cometidos contra la seguridad vial viene expresamente sancionada en el Código Penal (art. 380); y con una sanción incluso mayor que la prevista para la comisión del delito base (art. 379), la conducción bajo los efectos del alcohol y drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto confirmando la constitucionalidad de tales pruebas (STC 103/1985 y STC 161/1997). Especialmente en la STC 161/1997 eludió pronunciarse sobre la proporcionalidad de castigar el delito instrumental con mayor intensidad que la comisión del delito base por entender que, al no haber desproporcionalidad manifiesta, sobre ella era el legislador quien debía decidir.

¹⁰⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 54.

¹⁰⁵ GIL HERNÁNDEZ se refiere a la libertad religiosa, ob. cit., pp. 111 y ss. Y RIVERO HERNÁNDEZ a las razones religiosas y también a las que puedan oponer los hemofílicos, ob. cit., pp. 74 y 75.

¹⁰⁶ Como, entre otros, apuntan José Antonio CHOCLÁN MONTALVO (1994), «Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual», *La Ley*, Vol. III, pp. 821 y ss. Y Carlos María ROMEO CASABONA (1996), *Del gen al Derecho*, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, pp. 127 y 163.

¹⁰⁷ Cfr. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad*, ob. cit., pp. 249 y ss.

¹⁰⁸ La negativa a someterse a otras injerencias físicas permitidas en nuestro ordenamiento no tiene, sin embargo, sanción penal expresa. No se tipifica, por tanto, la conducta de negarse a sufrir intervenciones durante el transcurso de una investigación judicial. Se ha planteado, ante este vacío sancionador, que se produzca la consecuencia procesal que el sujeto trataba de evitar (STC 7/1994), o que la negativa pueda ser constitutiva de delito de desobediencia (Instrucción número 6/1988, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado), según lo dispuesto en el artículo 556 del Código Penal. También el sujeto podría negarse a ser sometido a injerencias físicas en el marco de un proceso penal, pero el TC recuerda que el examen de muestras biológicas tomadas por otro motivo no lesiona el derecho a la integridad (STC 206/2007, de 24 de septiembre).

4.6 *En las relaciones de sujeción especial*

El TC resuelve en la STC 106/2011, de 20 de junio, otorgándolo un amparo interpuesto por una militar contra el archivo de las denuncias que interpuso por acoso mediante medidas disciplinarias, traslado y unos análisis clínicos. El TC entiende lesionado el derecho a la tutela judicial en relación con el derecho a la integridad física y moral. Enmarca el caso en la relación de sujeción especial de los militares, pero considera que las resoluciones judiciales no estuvieron motivadas.

Sin embargo, el ámbito por excelencia donde ha habido más situaciones de riesgo para la integridad es el de la relación de sujeción especial penitenciaria¹⁰⁹. El muy preciso marco normativo (constitucional y legal) implica restricciones de derechos fundamentales, pero veda toda situación más aflictiva de lo necesario¹¹⁰. En esta línea la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) desarrolla de forma generosa el artículo 25.2 CE. En el artículo 3 de la ley se establece que «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando en todo caso la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena» que, en el apartado 1 del mismo precepto, se dispone que los internos podrán ejercitar sus derechos «salvo que fueran incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena». En el mantenimiento de la convivencia y la seguridad exigen un régimen disciplinario (art. 41.1 LOGP) cuya puesta en práctica puede tener repercusiones restrictivas de los derechos de los reclusos¹¹¹.

Sobre la Administración penitenciaria en deberes, en particular la obligación de velar por la «vida, integridad y salud de los internos» (art. 3.4 LOGP), y para

¹⁰⁹ Respecto de las relaciones de sujeción especial, en general cfr. Ricardo GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, que defiende una acotación estricta de la figura a las previsiones expresas contenidas en la Constitución. Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (1994), *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas-IVAP, Oñate, entiende que es una categoría a superar debiendo sustituirla por la de la proporcionalidad.

¹¹⁰ Como recuerda BÖCKENFÖRDE (1993), también en el marco de una relación de sujeción especial, los afectados pueden ejercer sus derechos fundamentales, solo limitables en proporción a las necesidades derivadas de la concreta relación de sujeción especial, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, pp. 100 y 101. La relación de sujeción especial no es un cheque en blanco, debe atenderse a la razonabilidad y proporcionalidad de las limitaciones de derechos que, al amparo de la relación especial, deseen introducirse, LASAGABASTER HERRARTE, ob. cit., p. 425.

¹¹¹ Así la relación de sujeción especial operaría no como valor autónomo, como límite, sino en la función que tiene por objeto la concreta relación especial, LASAGABASTER HERRARTE, ob. cit., p. 415.

ello puede imponer un régimen disciplinario (el citado artículo 41.1 LOGP), imponer sanciones (art. 42.2 LOGP) o adoptar otras medidas para el mantenimiento del orden penitenciario (artículos 15 y siguientes LOGP). El interno por su parte, además de los derechos y de los deberes previstos en el artículo 4 LOGP, debe permanecer en el establecimiento, acatar las normas de régimen interno cumpliendo las sanciones que se le impongan y observar buen comportamiento.

La doctrina propone la interpretación estricta de las previsiones constitucionales¹¹² o sin más el abandono del concepto de relación de sujeción especial para operar, en estos casos como el penitenciario, conforme al criterio de proporcionalidad¹¹³. En todo caso, la relación penitenciaria respondería a la idea socialmente imperante en cada momento¹¹⁴.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto. Así en la STC 65/1986, de 25 de mayo, el recurrente adujo que la duración de la pena era excesiva y conculcada la prohibición de trato inhumano o degradante (art. 15 CE) y vulneraba el principio de proporcionalidad de la pena (art. 25.1 CE). El Tribunal Constitucional invoca la jurisprudencia del TEDH y sostiene:

«La calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta revista, de forma que por su propia naturaleza no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (fundamento jurídico 4).

En la STC 5/2002, de 14 de enero, lo que se plantea es si el ingreso en prisión de un condenado que estaba enfermo equivalía a trato inhumano y se lesionaba el derecho a la integridad poniendo en riesgo, a juicio del demandante, la salud del condenado. El Tribunal Constitucional rechaza que tal internamiento que supone ciertamente, como en cualquier caso análogo, un sufrimiento para el afectado, provoque un sufrimiento de especial intensidad o pretenda envilecer al condenado. El Tribunal Constitucional tampoco considera que se produzca riesgo para la salud ya que la Administración penitenciaria cuenta con medios para velar por la salud de los internos que es, por lo demás, una de sus misiones (art. 3.4 LOGP) (fundamento jurídico 4). El supuesto del caso no encaja, tampoco, con lo previsto en el artículo 80.4 del Código Penal que permite a los

¹¹² Ricardo GARCÍA MACHO (1992), *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, p. 208.

¹¹³ Propuesta de LASAGABASTER HERRARTE, ob. cit., p. 423.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 424.

órganos judiciales sentenciadores suspender cualquier pena si el penado está aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades acerca del régimen interno de las prisiones. La STC 2/1987, de 21 de enero, plantea la legitimidad de la sanción de aislamiento en celda y otras posibles vulneraciones de otros derechos fundamentales (artículos 42 y 43 LOGP y artículo 112 del Reglamento) a condiciones muy estrictas. Para empezar, solo puede imponerse en casos extremos y bajo las condiciones previstas en la ley, así que descarta que sea un trato inhumano o degradante, puesto que ni pretende someter al interno a sufrimientos desproporcionados ni busca humillarle, sino castigar las alteraciones del orden cometidas por el recluso —sólo en los casos más graves— para asegurar la disciplina interna.

La STC 89/1987, de 3 de junio, resuelve un asunto distinto: la sanción, impuesta a un interno, de privarle de las comunicaciones íntimas. El Tribunal Constitucional parte de considerar que la libertad de mantener relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental por ser precisamente una manifestación de la «libertad a secas». Quienes están privados de libertad, también lo están de poder mantener relaciones íntimas sin que ello suponga restricción de ningún derecho fundamental.

En la STC 57/1994, de 28 de febrero¹¹⁵, el Tribunal Constitucional reconoce que las medidas de registro personal de los reclusos, los llamados cacheos, «pueden constituir, en determinadas ocasiones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario» (fundamento jurídico 6). El artículo 23 LOGP expresamente prevé su empleo, pero «dentro del respeto a la dignidad de la persona», sin infligir un trato degradante prohibido absolutamente por el artículo 15 CE (fundamento jurídico 3).

Por su parte, en la STC 35/1996, de 11 de marzo, el Tribunal Constitucional considera legítimo someter a un recluso a exámenes radiológicos cada vez que salía a juicio o regresaba de él.

Pero los casos más difíciles resueltos por el Tribunal Constitucional, relativos al derecho a la integridad, son los que motivaron las STC 120/1990, de 27 de junio, y STC 137/1990, de 19 de julio¹¹⁶. Dos casos idénticos, por eso la segunda sentencia reproduce la argumentación de la primera. Los hechos fueron los

¹¹⁵ Sobre esta sentencia, cfr. el comentario de Ángel GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, pp. 77 y ss.

¹¹⁶ Dos buenos comentarios de las STC 120/1990 y STC 137/1990 nos los ofrecen LASAGABASTER HERRARTE, ob. cit., pp. 396 y ss, y Luis SÁNCHEZ SOCAS y Álvaro REQUEIJO PASCUA (1992), «El derecho la vida y a la integridad física en los establecimientos penitenciarios» *Los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Ministerio de Justicia, Madrid, vol. I, pp. 527 y ss.

siguientes: condenados vinculados a la organización terrorista de los GRAPO comenzaron una huelga de hambre para exigir a la Administración penitenciaria determinadas conductas. Las direcciones de los respectivos centros penitenciarios solicitaron de la autoridad judicial autorización para efectuar a los huelguistas las pruebas analíticas necesarias y someterles al tratamiento médico subsiguiente, antes de que se presentase una situación de precoma. Todo ello para cumplir el artículo 3.4 LOGP, es decir, para salvar la vida de los huelguistas. La solicitud fue atendida en el caso resuelto por la STC 137/1990, pero desatendida en el caso que da lugar a la STC 120/1990, alegando el juez que solo podría darse a los huelguistas tratamiento médico siempre que no fuera preciso emplear la fuerza física, pues de hacerlo se atentaría contra la dignidad de la persona. Contra esta resolución interpuso el Ministerio Fiscal recurso de apelación, resuelto por la Audiencia provincial de Madrid que revocó la resolución del juez de vigilancia penitenciaria y autorizó el tratamiento «sin que en ningún caso pueda suministrarse la alimentación por vía bucal en tanto persista su estado de determinarse libre y conscientemente».

Para los recurrentes, la práctica de las pruebas analíticas y, más aún, el tratamiento médico forzoso al que se sometió a los huelguistas para mantenerlos con vida lesionaron su derecho a la integridad puesto que no prestaron consentimiento. No hay duda de que tal afectación se produjo, así que el Tribunal Constitucional opera, como en todos los demás casos, ponderando los intereses en conflicto y examinando si las resoluciones judiciales que autorizaron la alimentación intravenosa forzosa habían llevado a cabo un juicio de proporcionalidad y si éste había sido correcto.

El Tribunal Constitucional partió de la relación de sujeción especial a la que se hallaban sometidos los huelguistas¹¹⁷. Por eso, para el Tribunal Constitucional el derecho a la vida que no incluye un derecho a la propia muerte porque contiene una vertiente de protección positiva:

«no impide reconocer que la persona puede prácticamente disponer de su propia muerte, pero esta disposición constituye solo un acto que la ley no prohíbe y no, en modo alguno, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental.» (fundamento jurídico 7 de la STC 120/1990)

¹¹⁷ SÁNCHEZ SOCÍAS, Luis; REQUEIJO PASCUA, Álvaro (1992): «El derecho a la vida y a la integridad física en los establecimientos penitenciarios» *Los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Ministerio de Justicia, Madrid, Vol. I, advierten este punto de conexión entre los artículos 15 y 25.2 CE, ob. cit., pp. 517 y ss.

De esta primera consideración se deduce que nadie puede pedir el apoyo de la Administración para que le ayude a morir, aunque «podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria» a quien ha decidido morir (fundamento jurídico 7 de la STC 120/1990 y fundamento jurídico 5 de la STC 137/1990). Pero la situación de los presos es distinta porque:

«hallándose en una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de que la Administración penitenciaria deje de ejercer o ejerza de forma distinta potestades que le confiere el orden jurídico.» (fundamento jurídico 7 de la STC 120/1990 y fundamento jurídico 5 de la STC 137/1990)

Frente a la voluntad de morir mediante huelga de hambre para forzar un cambio de comportamiento en la Administración penitenciaria, se opone el principal deber de ésta (art. 3.4 LOGP): «velar por la vida, integridad y salud de los internos». Vistas las circunstancias del caso, la finalidad constitucional perseguida con la medida ha de pesar más que la voluntad de los huelguistas «al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida» (fundamento jurídico 8 de la STC 120/1990 y fundamento jurídico 6 de la STC 137/1990). Puesto que, en realidad, la huelga se lleva a cabo para doblar la voluntad de la Administración, cuyos actos se presumen legítimos si no son anulados por el Poder Judicial, esa misma finalidad política es la que deja sin hipotética cobertura constitucional a los huelguistas. La expresión del Tribunal Constitucional «al menos» parece dar pie para inferir que un tratamiento médico forzoso, como el controvertido, no sería legítimo si los reclusos no pretendieran, al no ingerir alimento alguno, torcer la voluntad de la Administración. De lo dicho por el Tribunal Constitucional se colige, *a sensu contrario*, que si la finalidad real del interno fuera perder la vida y no algún propósito político, la Administración no podría, so pretexto de salvarle, forzar su integridad física y alimentarle forzosamente, porque en esta situación la medida carecería de justificación constitucional. Esta línea argumental se vería reforzada con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en particular con lo dispuesto en su Capítulo IV, relativo al respeto a la autonomía del paciente.

Para el Tribunal Constitucional las resoluciones judiciales que autorizaron la práctica de los análisis y la alimentación intravenosa ponderaron equilibradamente los intereses en conflicto, haciendo razonablemente pesar más la obligación de la Administración de velar por la vida de los internos que la voluntad de éstos de llevar hasta el final su huelga de hambre (fundamento jurídico 8 de la STC 120/1990 y 6 de la STC 137/1990). Esas resoluciones judiciales tuvieron

en cuenta también otras circunstancias, en particular evitaron autorizar la alimentación bucal y solo permitieron la intravenosa cuando la vida corriese peligro¹¹⁸. Por otra parte, el Tribunal Constitucional descarta expresamente (fundamento jurídico 9 de la STC 120/1990 y 7 de la STC 137/1990) que la medida tomada constituya tortura o trato inhumano o degradante porque una cosa es que se produzca lesión del derecho a la integridad y otra que tal lesión no alcance el grado de tortura o trato inhumano o degradante. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal Constitucional entiende que ni se somete a los reclusos a un sufrimiento de especial intensidad ni se pretende envilecer o humillar, sino únicamente salvar su vida (fundamento jurídico 9 de la STC 120/1990 y fundamento jurídico 7 de la STC 137/1990), así que la asistencia médica coactiva, tal y como se llevó a cabo, no constituiría tortura o trato inhumano o degradante y, a lo sumo, podría suponer, si faltasen otros requisitos de legitimidad, lesión del derecho a la integridad¹¹⁹.

Fueron dos los votos particulares formulados, uno por Rodríguez-Piñero (formulado a la STC 120/1990, pero no reiterado en la STC 137/1990 en la cual se adhiere a la mayoría). El otro, tanto a la STC 120/1990 como a la STC 137/1990, lo formula Leguina Villa. En ambas opiniones discrepantes, la relación de sujeción especial —argumento central de la mayoría— no justifica la introducción de un límite radical a los derechos fundamentales, como es la alimentación forzosa.

4.7 *En el ámbito laboral*

Otro ámbito interesante es el laboral donde los trabajadores están sometidos al poder de dirección del empresario, cuando ejerce su libertad de empresa. Esto implica una cierta dependencia que, claro está, no priva a los trabajadores de sus derechos, pero que puede modular su ejercicio. Por tanto, en el ámbito laboral también opera en potencia el derecho a la integridad de los trabajadores¹²⁰, cuya

¹¹⁸ La STC 11/1991, de 17 de enero, del pleno, resuelve un recurso de amparo interpuesto por el Ministerio fiscal contra resoluciones judiciales que postergaron la alimentación intravenosa hasta el momento en el recluso en huelga de hambre cayera en un estado de semiinconsciencia. El recurrente exigía el tratamiento inmediato para preservar la vida del huelguista. El TC (fundamento jurídico 4) considera que las resoluciones impugnadas no desprotegieron el derecho a la vida sino que solo postergaban el tratamiento. Esta decisión acerca del cuándo y el cómo de la alimentación coactiva corresponde a los tribunales de vigilancia penitenciaria y no al TC.

¹¹⁹ Para GIL HERNÁNDEZ la verdadera justificación de la actuación de la Administración penitenciaria en estos casos fue la de mantener la seguridad de los centros, ob. cit., p. 97.

¹²⁰ Cfr. EZQUERRA ESCUDERO, ob. cit., pp. 117 y ss.

salvaguarda está asegurada en la legislación laboral, concentrada sobre todo en la previsión de los riesgos laborales¹²¹ acerca de cuya puesta en práctica jurisdiccional todavía queda por hacer¹²².

5. CONCLUSIÓN: QUÉ BIEN JURÍDICO Y A QUÉ SE TIENE DERECHO

La proclamación del derecho a la integridad venía a proteger este bien jurídico frente a peligros que no podían ser calificados como tortura o tratos inhumanos o degradantes. La prohibición de estos últimos no era suficiente, como demuestra, por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH que, al no contar en el CEDH con una proclamación expresa del derecho a la integridad, lo ha creado infiriéndolo del derecho a la vida privada. Esta construcción fue producto de la necesidad de resolver situaciones de la vida en las que la integridad estaba en riesgo, pero que no encajaban en la prohibición prevista en el artículo 3 CEDH.

Por otra parte, del análisis de la evolución explicada se colige que el elenco de riesgos para la integridad ha aumentado considerablemente, así que nuestro derecho no ha resultado superfluo sino plenamente útil porque ha dado cobertura tanto al legislador como a los tribunales para ir concretando, cada uno en su terreno, los distintos aspectos del derecho.

Para evitar que el derecho a la integridad se convirtiera en una suerte de derecho a la dignidad que acabara desdibujándolo, el TC ofreció, en su STC 120/1990 (fundamento jurídico 8), una definición, a mi juicio no del todo acertada. Desde entonces no ha la ha variado y la ha revalidado en su STC 119/2001, afirmando en esta última que el artículo 15 CE brinda:

«protección a la inviolabilidad de la persona frente a ataques tendentes a lesionar su cuerpo o su espíritu y frente a toda clase de intervenciones en uno de esos bienes que carezca del consentimiento del titular.» (fundamento jurídico 2)

La expresión «inviolabilidad de la persona» resulta, en mi opinión, demasiado amplia, aunque se utilice para evitar el uso tautológico del término constitucional «integridad», ya que no es plausible desentrañar el sentido de un término con otro más amplio e impreciso. Por eso preferí definir nuestro derecho como «aquél a disponer de la propia integridad personal y no sufrir intervención algu-

¹²¹ Cfr. Pilar RIVAS VALLEJO, «Aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales», EZQUERRA ESCUDERO, ob. cit., pp. 159 y ss.

¹²² Como señala Juan Agustín MARAGALL, «Jurisprudencia en materia de acoso moral», en EZQUERRA ESCUDERO, ob. cit., pp. 279 y ss.

na en ella sin consentimiento del titular, así como a su protección frente a cualquier ataque o riesgo en una sociedad tecnológicamente avanzada»¹²³.

Pretendía subrayar, al lado de la vertiente negativa, su vertiente de derecho a la protección, en la línea de lo marcado por la STC 119/2001. Por lo demás, era también importante definir el bien jurídico protegido que la legislación y la jurisprudencia han ido perfilando. Con los datos disponibles llegué a una concepción amplia del bien jurídico integridad, pero distinguiéndolo de otros bienes con los que podría confundirse¹²⁴. Y empleando la expresión integridad personal, más abarcadora, propuse:

«La integridad personal abarcaría el cuerpo humano con todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, incluyendo por tanto la integridad genética, hasta su anatomía y apariencia, así como las potencialidades intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral.»

Hay que concretar qué posiciones iusfundamentales nutren el contenido del derecho y cuál es su relación con el bien jurídico integridad. La tendencial amplitud de éste no puede llegar a identificarse, por muy amplia que sea, con la dignidad de la persona, presupuesto de todos los derechos fundamentales.

Con estas premisas, es de esperar que, en el futuro, sin necesidad de reformar la Constitución pueda el legislador ir adaptando nuestro ordenamiento para proteger la integridad permitiendo a los titulares del derecho hacerlo valer frente a los riesgos presentes y frente a los futuros que, aún ignotos, sin duda aparecerán.

Title:

The protection of personal integrity

Summary:

1. The 1978 Context in which the right to integrity was recognized.
 - 1.1 Overview of International Law and Foreign Constitutional Law.
 - 1.2 The options of the Constituent Power in the process of drafting

¹²³ CANOSA USERA, *El derecho a la integridad*, ob. cit., pp. 288 y 289.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 99 y ss.

Article 15 of the Spanish Constitution. 2. The evolutionary interpretation of international law. 2.1 The extension of the protection field of Article 3 ECHR. 2.2 The inclusion of contents of the right to integrity into the right to respect for private life. *a) Right to a criminal protection of the integrity. b) Right to authorize or refuse medical treatments. c) Right to sexual and reproductive life. The problem of abortion. d) Face to pollution. e) In the home.* 3. Specific recognition of the right to integrity in the charter of fundamental rights of the European Union. 4. Determination of the fundamental positions under the right to integrity. 4.1 Procedural violation of the prohibition of torture. 4.2 Regarding health protection and in the health field. *a) Overlap with the right to health. b) Consent to medical treatment. c) Donations and transplants. d) Abortion as a potential exercise of the right to integrity by the pregnant woman. f) In the field of medical and scientific experiments.* 4.3 Right to integrity against pollution. 4.4 Right to protection. 4.5 The guarantee to not suffer legal physical interventions and the exclusion of the indemnity guarantee. 4.6 In the special relationships of subjection. 4.7 In the labor market. 5. Conclusion: what object and what content?

Resumen:

El artículo pretende analizar la evolución de la protección de la integridad personal en España desde la aprobación de la Constitución de 1978 hasta el presente.

En primer lugar, se aborda el contexto en el que la Constitución fue aprobada y las opciones que al constituyente se le abrían. Se destaca que por primera vez en España se reconocía un específico derecho a la integridad, lo que no es habitual, al lado de la tradicional prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes que arrancó ya con la constitución de 1812.

Era necesario analizar la protección de la integridad en el Derecho Internacional de los derechos humanos que España ha incorporado a su Orden jurídico, así como la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea Que sí proclama el derecho a la integridad. En este sentido es destacable como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha inferido el derecho a la integridad de la forma más generosa a través de una interpretación evolutiva del derecho a la vida privada.

Sin embargo, no es fácil determinar ni cuál es el bien jurídico protegido ni cuáles las posiciones iusfundamentales que contiene; es decir, qué se protege y cuáles son las situaciones de la vida cuya vulneración el titular del derecho puede defender, llegado el caso, activando la labor tutelar de los tribunales. Por ello ha sido fundamental también el

intenso desarrollo legislativo que lo ha concretado en diversos sectores del ordenamiento así como las medidas de protección en favor de los más vulnerables.

ABSTRACT

The article tries to analyze the evolution of the protection of integrity in Spain since the Constitution came into force in 1978.

First of all, it is addressed the context in which the Constitution was approved as well as the options opened to Constituent Power. It is underlined that, for the first time in Spain, a specific right to integrity is declared, something unusual at that time, together with the traditional prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, already introduced in the Constitution of 1812.

It was necessary to analyze how the protection of integrity in International Law on Human Rights, as well as the right to the integrity of the person, proclaimed specifically in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In this sense, it is remarkable how the European Court of Human Rights has inferred a right to the integrity from the right to respect for private and family life, by interpreting evolutionarily the Convention.

However, it is not easy to determine neither the object of the right to integrity nor what are the fundamental positions, the life situations, whose violation should permit person to claim in Courts of Justice, by activating their protective function.

For the rest, it has also been crucial the intense legislative development that has implemented, in various sectors of the legal system, measures of protection in favor of the most vulnerable people.

Palabras clave:

Derecho a la integridad, Derechos humanos, Derechos fundamentales, Constitución Española, Consejo de Europa, Carta de Derecho Fundamentales de la Unión Europea.

Key words:

Right to integrity, Human Rights, Fundamental Rights, Spanish Constitution, Council of Europe, Charter of Fundamental Rights of the European Union.

