

# LA BIOÉTICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

*Fernández Piedralba, E.*

*García Esteban, N.*

*Cabo Pérez, P.*

*Letrados del Servicio Jurídico del Servicio de Salud  
Principado de Asturias.*

**SUMARIO: 1. Confidencialidad y consentimiento. 2. Acceso a medicamentos experimentales. 3. Derechos reproductivos. 5. Conclusión. 4. Bibliografía.**

## **RESUMEN**

Análisis jurisprudencia Tribunal Europeo Derechos Humanos: Bioética y Salud.

Mediante esta comunicación se presenta una selección de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) con el objetivo de exponer las líneas jurisprudenciales básicas en materia del derecho a la salud, tutelado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), y que inciden en el campo de la bioética.

Con carácter previo a este análisis, se quiere reseñar la relevancia que esta jurisprudencia alcanza en el campo de la salud y la bioética, ya que no debe perderse de vista que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo desempeña, además de una función de desarrollo del CEDH, una función armonizadora de los derechos fundamentales en el ámbito europeo.

De este modo, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH se erigen en un parámetro de mínimos y de reglas interpretativas de resolución de conflictos que todos los Estados parte (47) deben respetar por ser, precisamente, el espacio que reconocen como común al ratificar el CEDH. En definitiva, a diferencia de la función uniformadora del Derecho Comunitario que desempeña el Tribunal de Justicia de las

Comunidades Europeas en el ámbito de la Unión Europea, especialmente a través de la cuestión prejudicial, el TEDH, a través de sus sentencias, desempeña una función armonizadora de los sistemas de garantía existentes en Europa, incluido el propio sistema de protección de derechos y libertades fundamentales del ordenamiento comunitario, siendo dicha jurisprudencia de aplicación directa en nuestro país en virtud del art. 10.2 y art. 96.1 de la Constitución Española de 1978.

Precisamente sobre la relevancia del papel de jurisprudencia del TEDH en nuestro ordenamiento jurídico interno ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional español, estableciendo en su Sentencia 303/1993, de 25 de octubre, que la jurisprudencia del TEDH “no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales” sino que también “resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento jurídico”.

Sentado lo anterior hay que señalar que si bien es cierto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no recoge expresamente el derecho a la salud como tal, no obstante la protección de tal derecho queda garantizada a través de diversos derechos

humanos clásicos, como el derecho a la vida (art. 2 del Convenio), la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes (art. 3) y el derecho al respecto de la vida privada y familiar (art. 8), resultando de la protección de la tales derechos una relevante jurisprudencia en torno a la bioética y la salud en los términos que se expondrán a continuación.

## 1. CONFIDENCIALIDAD Y CONSENTIMIENTO.

### CASO DE KONOVALOVA v. RUSIA- Sentencia de 9 de octubre de 2014.

En el presente caso la demandante alega que en el momento de su parto, en el año 1999, asistieron, sin consentimiento previo, estudiantes de medicina, que tuvieron acceso a su historial médico. Entiende la demandante que la presencia de público durante el parto constituye una vulneración del art. 8 del CEDH. Alega que no había prestado consentimiento por escrito, y que dicha presencia de estudiantes en el parto atentaba con su derecho a la vida privada. Señala que la notificación sobre la posible presencia de estudiantes en el parto había sido tardía y que, por tanto, no le había permitido elegir otro hospital para dar a luz.

En el momento de la admisión en el hospital para dar a luz a la demandante se le entregó un folleto emitido por el hospital, que contenía, entre otras cosas, un aviso de advertencia a los pacientes sobre su posible participación en la enseñanza clínica que tiene lugar en el hospital. El aviso decía:

*“Se ruega respetar el hecho de que el tratamiento médico en nuestro hospital se combina con la enseñanza de estudiantes de obstetricia y ginecología. Debido a esto, todos los pacientes están involucrados en el proceso de estudio”.*

La legislación interna, en concreto, la Ley del Cuidado de la Salud de Rusia, en su artículo 54 establecía expresamente que *“ los estudiantes de las instituciones educativas médicas secundaria y superior pueden ayudar en el tratamiento médico de acuerdo con los requisitos de su plan de estudios y bajo la supervisión del personal médico responsable de sus estudios profesionales. “*

En dicha ley también se preveía que la participación de los estudiantes, en el tratamiento médico,

debía ser regulada por un conjunto de reglas especiales emitidas por el Ministerio de Sanidad.

Dichas normas no fueron aprobadas hasta el 15 de enero de 2007. En concreto el apartado 4 del Reglamento de 15 de enero de 2007, sobre admisión de los estudiantes de secundaria y centros de enseñanza médica superior a las operaciones médicas en pacientes, estableció que su participación debía tener lugar de acuerdo con los requisitos de ética médica y debía ser realizado con el consentimiento del paciente o su representante.

Por lo tanto, en el caso analizado, la legislación interna contemplaba la asistencia de los estudiantes de medicina a efectos formativos pero no previsiones específicas para preservar la intimidad de los pacientes ni mencionaba la necesidad de consentimiento previo en aquel momento.

Planteado así el caso conviene, a continuación, señalar que el artículo 8 del CEDH, cuya vulneración alegó la demandante, establece lo siguiente:

*“1.- Toda personal tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2.- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esté prevista por la Ley y es necesaria en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención de desórdenes o delitos, par la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. “*

A estos efectos, el TEDH recuerda que, en su jurisprudencia del artículo 8, el concepto de *“vida privada”* es un término amplio no susceptible de definición exhaustiva. Abarca, entre otras cosas, información relativa a la propia identidad personal, como el nombre de una persona, la fotografía o la integridad física y moral (véase, por ejemplo, Von Hannover v. Alemania de 7 de febrero de 2012) y por lo general se extiende a la información personal que los individuos pueden esperar legítimamente que no se exponga al público sin su consentimiento (ver Flinkkilä y otros v. Finlandia, de 6 de abril de 2010; Saaristo y otros v. Finlandia, de 12 de octubre de 2010; y Ageyev v. Rusia de 18 de abril de 2013). También incorpora el derecho a que se respeten para ambos las decisiones de convertirse o no en padre (ver Evans v.

El Reino Unido) y, más concretamente, el derecho de elegir las circunstancias de convertirse en padre (ver *Ternovszky v. Hungría*, de 14 diciembre de 2010). Asimismo señala el TEDH que el artículo 8 abarca la integridad física de una persona, ya que el cuerpo de una persona es el aspecto más íntimo de la vida privada, y la intervención médica, incluso si es de menor importancia, constituye una injerencia en este derecho.

Considera el TEDH que la injerencia en el derecho a la vida privada que debe estar prevista en una ley, según el art. 8.2, requiere, entre otras cosas, no sólo que tenga alguna base en la legislación nacional, sino que también se refiere a la calidad de la ley en cuestión, lo que exige que debe ser accesible a la persona de que se trate y previsible en cuantos a sus efectos.

El Tribunal considera que la presencia de los estudiantes de medicina en el parto de la demandante estaba autorizada por el artículo 54 de la Ley del Cuidado de la Salud, por lo tanto, no puede decirse que la injerencia en la vida privada de la demandante careciese de base legal. Ahora bien señala el Tribunal que el artículo 54 era una disposición legal de carácter general dirigida principalmente a permitir a los estudiantes de medicina participar en los tratamientos médicos, si bien se limitaba a delegar asuntos reguladores de la cuestión en un órgano de ejecución y no contenía normas específicas que protegieran la esfera privada de los pacientes. Es más señala el TEDH que no es hasta el 15 de enero de 2007, esto es, 8 años más tarde, cuando se aprobó el Reglamento correspondiente por el Ministerio de Sanidad donde se estableció la obligación de obtener el consentimiento de los pacientes para la participación de los estudiantes de medicina en el tratamiento médico.

En cualquier caso, y a pesar de la previsión del artículo 54 de la Ley del Cuidado de la Salud, que permitía el acceso de los estudiante de medicina a los tratamientos/operaciones médicas, y que conforme a la legislación aplicable no era necesario obtener el consentimiento del paciente, el TEDH concluye que la presencia de los estudiantes de medicina durante el parto no cumplía con el requisitos de legalidad del artículo 8.2. del Convenio a causa de la falta de suficientes garantías procesales en el derecho interno que permitan evitar interferencias arbitrarias en el derecho a la vida privada que exige el Convenio, considerando, asimismo el Tribunal, que los tribunales nacionales no tuvieron en cuenta circunstancias relevantes del caso como la supuesta insuficiencia de la información contenida en la notificación del hospital, la condición vulnerable de la paciente durante la notificación y la

no disponibilidad de modalidades alternativas en caso de que la demandante decidiera rechazar la presencia de los estudiantes durante el parto.

Es decir, entiende el Tribunal que no se acreditó que la demandante tuviera opción de decidir sobre la participación de los estudiantes en su parto, ni se acreditó que, en las circunstancias del caso, la demandante era capaz de tomar una decisión informada inteligible.

Por lo tanto concluye el TEDH ha existido una vulneración del artículo 8 del CEDH.

### **CASO Y.Y. v. RUSIA - Sentencia de 23 de febrero de 2016.**

En el presente caso la demandante, en el año 2003, dio a la luz prematuramente a dos gemelos en una maternidad de San Petersburgo. El primer gemelo murió nueve horas después de su nacimiento. El segundo, fue trasladado a una unidad de cuidados y terapia intensiva en uno de los hospitales de niños de San Petersburgo veinte horas después de su nacimiento, y sobrevivió. La demandante era de la opinión de que su hija también habría sobrevivido si hubiera sido trasladado inmediatamente a una reanimación y unidad de terapia intensiva en un hospital de niños.

En mayo de 2003 la madre de la demandante (abuela de los niños) envió un escrito al Presidente de la Federación Rusa señalando que: *“Los recién nacidos están muriendo debido a los retrasos en el tratamiento médico de emergencia. Las unidades de reanimación carecen de capacidad. Los hospitales tienen listas de espera. En abril nacieron mis nietos gemelos...eran el décimo lugar en la lista de espera. Mi nieta nunca llegó a la parte superior de la lista y murió diez horas después. Mi nieto fue hospitalizado 20 horas después de su nacimiento en un estado muy grave. No podíamos imaginar que no se pudiera proporcionar tratamiento de emergencia a un niño recién nacido. ¿ La lista de espera constituye negligencia o responsabilidad a escala penal?. Le pido que tome cartas en el asunto. Los hospitales de niños necesitan ayuda urgente...”*

Este escrito fue remitido desde Presidencia al Ministerio de Sanidad para su análisis. El Ministerio de Sanidad, a su vez, solicitó a la Comisión de Salud de San Petersburgo que examinara las alegaciones y tomara las medidas necesarias.

El Comité, a su vez, ordenó el examen al Jefe neonatólogo del Comité y al jefe del Departamento de Pediatría de la Facultad de Medicina de San Petersburgo.

Para el examen de la denuncia se analizaron los expedientes médicos de la demandante y los gemelos. El resultado del examen se recogió en un informe donde, entre otras cosas, se señalaba que las razones del parto prematuro obedecía al historial ginecológico de la madre con siete abortos anteriores y a su infección urogenital micoplasmosis. El resultado del examen fue comunicado al Ministerio de Sanidad (remitieron copia del informe) y a la abuela de los gemelos. A su vez la demandante también recibió una carta indicando que los registros médicos de sus hijos habían sido examinados por expertos. La demandante solicitó copia del informe que fue denegada y esa negación fue objeto de otro procedimiento contra el hospital. En el marco de este procedimiento la demandante recibió copia del informe y la carta que el Comité remitió al Ministerio de Sanidad sobre el asunto.

Ante estos hechos la demandante interpone una demanda contra el Comité que analizó el caso por entender que se había examinado su historial médico y el de sus hijos sin su consentimiento y se habían comunicado sus datos a terceros (Ministerio de Sanidad) sin obtener su consentimiento, lo que fue desestimado en los tribunales de su país.

La demandante alega la vulneración del artículo 8 del CEDH relativo a la vida privada. Alega que la ley de salud pública regula una lista de excepciones al consentimiento de un paciente para divulgar información médica, pero que el presente caso, es decir, una queja general del tratamiento médico de los recién nacidos en San Petersburgo, y no una queja individual referente a su específica situación familiar, no encaja en ninguna de las excepciones.

El Gobierno alegó que la obtención de la información médica sin el consentimiento de la demandante era legal al amparo de la excepción del artículo 61 de los principios básicos de la Ley de Salud Pública, ya que había motivos para creer que un individuo había sido dañado como resultado de acciones ilegales. Asimismo alega que las autoridades actuaron en plena conformidad con la legislación vigente (Reglamento del Ministerio de Salud, Reglamento de la Comisión de Salud; Decreto regulador del examen de las quejas presentadas por los particulares y el Reglamento sobre el sistema de control sobre la calidad del tratamiento médico).

A la vista de lo anterior el TEDH concluye que ha existido una violación del artículo 8 del CEDH al considerar que la obtención y divulgación de la información médica, en el presente caso, no estaba amparada en ninguna de las excepciones previstas en la Ley. La sugerencia del Gobierno de que las medidas adoptadas estaban cubiertas por la excepción de consentimiento “*al creer que un individuo había sido dañado como resultado de acciones ilegales*” va más allá del alcance de las conclusiones a las que llegaron los tribunales nacionales. Los tribunales nacionales se basaron en la función general de la Comisión de Salud para proporcionar al Ministerio información detallada de las peticiones de éste último, y no hicieron referencia a las disposiciones de la legislación nacional. Es decir, las sentencias de los tribunales internos se apoyaron en disposiciones legales relativas a las competencias generales del Ministerio y la Comisión pero no invocan normas específicas relativas a la confidencialidad de los datos médicos. Por tanto, el TEDH considera que dichas decisiones se amparaban en instrumentos legales secundarios a los principios fundamentales de la Ley de Salud Pública o de la Constitución.

Entiende el TEDH que la demandante no disfrutó del grado mínimo de protección contra la arbitrariedad por la parte de las autoridades, ya que la forma de proceder del Gobierno, ante la queja general presentada por la abuela por el tratamiento médico de los recién nacidos en San Petersburgo, no constituyen una “*previsible aplicación*” de la legislación rusa pertinente.

## 2. ACCESO A MEDICAMENTOS EXPERIMENTALES

### CASO HRISTOZOV y otros v. BULGARIA - Sentencia de 13 de noviembre de 2012.

En el presente caso la sentencia analiza si la denegación de la autorización a varios pacientes de cáncer en fase terminal del uso de un medicamento experimental, no comercializado en ningún país, pero sí autorizado, por motivos humanitarios, en algunos países, vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Los demandantes alegan que la negativa de las autoridades búlgaras a utilizar el medicamento experimental (MBVax Coley) para un “uso compasivo” es contrario al derecho a la vida (art. 2 del CEDH),

constituye un trato inhumano y degradante prohibido en el art. 3 del CEDH y ha vulnerado su derecho al respecto de su vida privada y familiar (art. 8 del CEDH).

Por su parte el Director de la Agencia de Medicamentos de Bulgaria, encargada de supervisar la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos, señaló, sin embargo, que la vacuna MBVax Coley no era un medicamento experimental autorizado o sometido a ensayos clínicos en todos los países, lo que significa que no podía ser autorizado para su uso en Bulgaria, de conformidad con el Reglamento nº 2 de 2001. Asimismo alegó que la legislación búlgara no preveía el uso de medicamentos no autorizados al margen de los ensayos clínicos y que a diferencia de la situación existente en otros países europeos, no era posible el “uso compasivo” de medicamentos no autorizados en Bulgaria. Argumenta, asimismo, que en virtud de la legislación europea, no existe obligación alguna de armonizar esta materia.

En cuanto a la legislación tomada en consideración, en el presente caso, el TEDH analiza la legislación interna donde destaca la Ley de Medicamentos para Medicina Humana de 2007 cuyo artículo 10.1 faculta al Ministro de Sanidad para permitir, en determinadas condiciones, el tratamiento con un medicamento no autorizado *en caso de una epidemia o de una contaminación química o nuclear*, si no hay un medicamento autorizado adecuado. A su vez el artículo 11.1 faculta al Ministro, para que, bajo ciertas condiciones, permita el uso de un producto que no haya sido autorizado en Bulgaria pero que haya sido autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Asimismo el artículo 9.1 establece que un paciente podrá ser tratado con un medicamento que no haya sido autorizado, si un hospital realiza una petición a tal efecto. El método y los criterios para hacerlo deben estar establecidos en las órdenes dictadas por el Ministro de Sanidad.

La normativa que regula esta cuestión en el momento en que los demandantes presentaron la solicitud para que les autorizasen la utilización de la vacuna MBVax Coley, era el Reglamento núm. 2 de 10 de enero de 2001.

La disposición 2 de dicho Reglamento establecía que los medicamentos que no hayan sido autorizados en el país, podrían ser recetados si hubieran sido autorizados en otros países y estuvieran destinados al

tratamiento de *enfermedades poco frecuentes o con síntomas específicos*, cuando el tratamiento con medicamentos autorizados había resultado infructuoso.

Dicho Reglamento regulaba, a su vez, el procedimiento para ello exigiendo autorización de la Agencia del Medicamento para la prescripción en dichas situaciones.

Asimismo el TEDH analiza la normativa comunitaria, la normativa comparada de otros Estados, y realiza un análisis de la jurisprudencia existente en varios países en la materia. Así en el asunto Rutherford c. Estados Unidos (1979) el Tribunal Supremo rechazó por unanimidad la solicitud presentada por pacientes terminales de cáncer para que se prohibiera a las autoridades interferir en la distribución de un medicamento sin licencia. En el asunto Delisle contra Canadá (2006) el Tribunal Supremo sostuvo que, en la decisión de restringir el acceso a un medicamento disponible, las autoridades no alcanzaron un equilibrio adecuado, porque no habían tenido en cuenta los intereses humanitarios o de compasión. En el Reino Unido, en el asunto Simas contra Simas y el NHS Trust (2002), los padres de dos adolescentes que sufrían la enfermedad de Creutzfeldt Jacob solicitaron que sus hijos recibieran un tratamiento experimental cuya investigación con ratones había demostrado que posiblemente podría inhibir el avance de su condición terminal. El Tribunal Superior admitió la demanda y sostuvo que la falta de un tratamiento alternativo para una enfermedad incurable conlleva utilizar un tratamiento experimental sin riesgo significativo para el paciente.

Tras este análisis normativo el TEDH concluye que:

En cuanto a la violación del artículo 2 alegado por las partes (el derecho a la vida) señala el TEDH que las obligaciones positivas, en virtud del artículo 2 del CEDH, pueden incluir el deber de establecer un marco jurídico adecuado, como por ejemplo, disposiciones que obliguen a los hospitales adoptar medidas adecuadas para la protección de la vida de sus pacientes. Sin embargo *el art. 2 no puede ser interpretado como una obligación de regular, de manera particular, el acceso a medicamentos no autorizados para enfermos terminales*. En la Unión Europea este asunto sigue siendo competencia de los Estados miembros y cada uno de ellos regula de manera diferente esta cuestión. Por lo tanto, no ha existido violación de dicho artículo.

En cuanto a la violación del art. 3 del CEDH que prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes señala el TEDH que de dicho artículo se deriva una obligación principalmente negativa de los Estados de abstenerse a infligir daños graves en las personas dentro de su jurisdicción. Sin embargo, en vista de la importancia fundamental del artículo 3, el Tribunal se ha reservado cierta flexibilidad a la hora de su aplicación en otras situaciones (*Pretty contra Reino Unido*). Por ejemplo, el sufrimiento derivado de una enfermedad de origen natural, puede estar protegido por el artículo 3 cuando tal sufrimiento pueda verse agravado por el tratamiento derivado de aquellas medidas adoptadas por las autoridades y que les sean imputables. Sin embargo, el límite en este tipo de situaciones es alto, debido a que el daño alegado no emana de actos u omisiones por parte de las autoridades, sino de la propia enfermedad.

En el presente caso, no existe una queja acerca de que los demandantes no hayan recibido un tratamiento médico adecuado. Parece que todos ellos se han beneficiado de dicho tratamiento que, desgraciadamente, ha demostrado ser insuficiente para tratar sus enfermedades. Por consiguiente, su situación no es comparable a la de aquellas personas que están detenidas y que se quejan de la falta de tratamiento médico o a la de las personas gravemente enfermas que no podrían obtener tratamiento médico si son trasladados a un país que carece de instalaciones médicas adecuadas o aquellas personas que se encuentran en una situación vulnerable, como consecuencia de la indiferencia por parte de los profesionales médicos que les han negado el acceso a ser diagnosticados cuando tenían derecho a ello.

Los demandantes alegan que la negativa de las autoridades a permitirles el acceso a un medicamento experimental, que según ellos, era potencialmente efectivo para salvar vidas, constituía un trato inhumano y degradante por el cual el Estado era el responsable, ya que no pudo protegerlos del sufrimiento resultante de las etapas finales de sus enfermedades. Sin embargo, como en el asunto *Pretty*, el Tribunal considera que esta reclamación supone una definición adicional del concepto de trato inhumano o degradante que no puede ser aceptada. No se puede decir que, al negarse a los demandantes el acceso a un medicamento -incluso aunque fuera potencialmente efectivo- cuya seguridad y eficacia aún están en duda, las autoridades les habían provocado a los demandantes un sufrimiento físico. Es cierto que las negativas, en

la medida en que impidieron a los demandantes recurrir a un medicamento que, a su juicio, podría ampliar sus probabilidades de mejorar y salvarse, les causara un sufrimiento psíquico, especialmente en vista del hecho de que el medicamento parece estar disponible de manera excepcional en otros países. Sin embargo, el Tribunal no considera que la negativa de las autoridades haya alcanzado un nivel suficiente de gravedad, que se caracterice como un trato inhumano. A este respecto, el Tribunal señala que el artículo 3, *no sitúa a los Estados contratantes en la obligación de satisfacer las diferencias entre los diferentes niveles de atención médica disponibles en varios países*. Por último, el Tribunal considera que la negativa de las autoridades no puede considerarse como una humillación o degradación a los demandantes.

Por lo tanto, no ha existido violación del artículo 3 del CEDH.

Finalmente y en cuanto a la alegación de la vulneración del artículo 8 del CEDH considera el TEDH que en esta materia a los Estados se les otorga un margen de apreciación amplio al estar obligados a establecer un equilibrio entre los intereses privados y públicos o los derechos del Convenio. Señala el TEDH que la protección de los intereses públicos en la regulación del acceso a los medicamentos experimentales por parte de los pacientes con enfermedades terminales, en el presente caso, se basa en tres supuestos: 1) Para protegerlos evitando perjuicios para su salud y su vida a pesar de su condición terminal; 2) Para garantizar que no se elude la prohibición prevista en la Ley búlgara contra la producción, importación, comercio, publicidad o su uso para el tratamiento médico, la profilaxis o el diagnóstico de medicamentos a los que no se le haya concedido la autorización; y 3) para asegurarse de que el desarrollo de nuevos medicamentos no se vea comprometido con, por ejemplo, la disminución de la participación de los pacientes en ensayos clínicos. Además, debe de existir un equilibrio entre estos intereses con los intereses de los demandantes en las cuestiones éticas y en cuanto a la evaluación de los riesgos complejos, en el contexto de una rápida evolución en los avances científicos y médicos. A la vista de lo anterior considera el TEDH que las autoridades búlgaras han optado por equilibrar los intereses, permitiendo a los pacientes que no puedan ser tratados con medicamentos autorizados a obtener, *en determinadas condiciones*, medicamentos autorizados en otros países, y por tanto, *dado el amplio margen de apreciación de las autoridades en esta materia la solución regulada no vulnera el artículo 8*. Añade el TEDH *que no es*

*competencia del Tribunal señalar a las autoridades correspondientes el nivel de riesgo que es aceptable en tales circunstancias.*

### 3. DERECHOS REPRODUCTIVOS

#### **Caso S.H. Y OTROS v. AUSTRIA (2011).**

En esta sentencia se plantea el derecho a tener hijos por fecundación in Vitro (en adelante, FIV) heteróloga. En el caso concreto, la legislación austriaca establece la prohibición legal de que las parejas con problemas de fertilidad acudan a la donación de óvulos y espermatozoides.

En una de las parejas demandantes ella es estéril y él no; en la otra los dos son estériles.

La ley austriaca prohíbe, en todo caso, la donación de óvulos y el gobierno alega que eso es “*necesario en una sociedad democrática*” porque, entre otros motivos, implica un peligro de explotación y humillación de las mujeres, en particular de las más desfavorecidas socialmente. Alega, asimismo, que la técnica de punción es peligrosa.

El TEDH señala que la ley austriaca no es totalmente restrictiva pues permite la FIV homóloga. Asimismo señala que el derecho austriaco no prohíbe a las personas interesadas ir al extranjero para someterse a un tratamiento contra la infertilidad mediante técnicas prohibidas en Austria. En caso de éxito la filiación paterna y materna se rigen por disposiciones específicas del Código Civil que respetan los deseos de los padres.

Por lo tanto, concluye el Tribunal, que si bien la ley podría tener otro contenido lo cierto es que dicha legislación no excede del margen de apreciación que corresponde al Estado y concluye que no vulnera el artículo 8 del CEDH.

#### **Caso COSTA Y PAVAN v. ITALIA – Sentencia de 28 de agosto de 2012**

En el presente caso los demandantes son portadores sanos de la mucoviscidosis (fibrosis quística) y denuncian que no pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida y diagnóstico genético preimplantatorio, para seleccionar un embrión que no esté afectado por esta patología. Alegan que estas

técnicas están disponibles para otra categoría de personas: primero para las parejas infértiles y segundo para las parejas en las que el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual como el V.I.H y la hepatitis B y C. Invocan que el derecho al respeto de las decisiones sobre convertirse o no en padres, en el sentido genético de la expresión, entra dentro del derecho al respeto de la privacidad y la familia previsto en el artículo 8 del CEDH y cuya vulneración invocan.

El Gobierno se basa en la preocupación de proteger la salud del “niño” y de la mujer, y apela a la dignidad y la libertad de conciencia de los profesionales médicos y al interés en evitar el riesgo de derivas eugenésicas.

El TEDH constata que el sistema legislativo italiano en la materia carece de coherencia. Por una parte, prohíbe la implantación limitada sólo a los embriones no afectados por la enfermedad de la que los demandantes son portadores sanos, pero, por otra parte, les permite abortar un feto afectado por la misma enfermedad (diagnóstico prenatal). Es decir la única opción que ofrece el ordenamiento jurídico italiano es iniciar un embarazo por medios naturales y proceder a una interrupción voluntaria del embarazo cuando el examen prenatal muestre que el feto está enfermo.

A la vista de lo anterior al TEDH no le convencen dichos argumentos. Señala que el concepto de “niño” no puede ser equiparado al de “embrión” y no ve como la protección de los intereses mencionados por el Gobierno es coherente con la posibilidad ofrecida a los demandantes de un aborto terapéutico teniendo en cuenta las consecuencias que ello conlleva tanto para el feto como para los padres, especialmente la mujer. Además señala el Tribunal que el gobierno no explica en que medida el riesgo de derivas eugenésicas y de afectar a la dignidad y a la libertad de conciencia de los profesionales médicos quedaría excluida en el caso de la realización legal de un aborto terapéutico, que si está permitido.

En este caso señala el Tribunal que, a diferencia del caso de S.H. contra Austria, donde tuvo que valorar la compatibilidad de la legislación austriaca, que prohíbe la fecundación heteróloga, con el art. 8 del CEDH, en este caso, que se refiere a la fertilización homóloga, tiene que verificar la proporcionalidad de la medida en litigio a la luz del hecho de que el aborto terapéutico está abierto a los demandantes.

En este sentido el Tribunal concluye que dada la incoherencia del sistema legislativo italiano la injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar ha sido desproporcionada existiendo una vulneración del art. 8 del CEDH.

**Caso PARADISO and CAMPANELLI v. ITALIA- Sentencia 27 de enero de 2015 (gestación subrogada).**

En el presente caso se trata de un matrimonio italiano, que tras varios intentos fracasados de fecundación in Vitro, optan por la subrogación gestacional en Rusia para convertirse en padres. Se encontró una madre de alquiler y se le hizo una fertilización in Vitro y el bebé nació en febrero del 2011 en Moscú. Se comprobó, posteriormente, que los padres no tenían relación biológica con el niño. De acuerdo con la legislación rusa, los padres se registraron como los padres del bebé sin ninguna indicación de que el niño había nacido a través de gestación subrogada.

En abril del año 2011 el Consulado de Italia en Moscú entregó los documentos que permitían al niño viajar a Italia. Pocos días después de llegar a Italia los padres intentaron, sin éxito, inscribir el nacimiento. El consulado italiano en Moscú había informado que el certificado de nacimiento del niño contenía información falsa.

El matrimonio fue acusado de falsedad y violación de la legislación sobre adopción italiana e internacional. El fiscal solicitó la apertura de un procedimiento para separar al niño de los padres, ya que, a los efectos de la ley italiana, se consideraba en situación de abandono. En agosto se comprobó que el padre del niño no era el padre biológico y que los gametos utilizados en el procedimiento de fertilización procedían de otras fuentes. En consecuencia el Tribunal de Menores decide separar al niño de los padres y queda bajo la tutela de los servicios sociales, en base a que no había relación biológica entre padres e hijo y que existían dudas en cuanto a las capacidades emocionales de los padres para la crianza del bebé dada la conducta contraria a la ley que habían mostrado.

Los demandantes alegaron haber actuado de buena fe. Ante estos hechos los demandantes alegaron ante el TEDH que la remoción del menor de ellos y la negativa de reconocer la relación paterno-filial establecida en el extranjero mediante la negativa a registrar en Italia el certificado del nacimiento del niño suponían una violación del artículo 8 del CEDH.

Consideró el Tribunal que lo que se debía examinar en el presente caso es si la aplicación de la ley italiana había encontrado un justo equilibrio entre el interés público y los intereses privados de los demandantes. Al hacerlo tenía que tener en cuenta el principio fundamental según el cual, siempre que la situación de un niño estaba en cuestión, el interés superior del niño debe prevalecer.

Señala el Tribunal que las autoridades italianas habían decidido retirar al niño para poner fin a una situación ilegal ya que los padres, al haberse puesto en contacto con una agencia rusa y luego traer de vuelta a Italia a un niño, a quien hicieron pasar por su hijo, habían tratado de eludir la prohibición en Italia sobre el uso de los acuerdos de subrogación y las reglas que rigen la adopción internacional. No obstante, señala el Tribunal que la referencia al orden público no se podía considerar como dar carta blanca a cualquier medida y considera que la retirada del menor de su entorno familiar era una medida extrema que sólo podría estar justificada en caso de peligro inmediato para el niño.

Continúa señalando la sentencia que es cierto que el tribunal de menores italiano había tenido en cuenta el daño indudable en la separación del niño, pero había considerado, dado el corto periodo que había pasado con los demandantes (6 meses) y su corta edad, que iba a recuperarse de esta dificultad. No obstante considera el TEDH que no se habían cumplido las condiciones que justificarían la separación. Por otra parte señala el Tribunal que los padres habían sido considerados aptos para adoptar en el año 2006 y con posterioridad se les declara incapaces para la crianza de un niño por la única razón de haber violado una ley, sin ningún informe de expertos ordenado por los tribunales italianos. Además el niño había permanecido sin existencia oficial por más de dos años, lo que es esencial para garantizar que el niño no crezca en desventaja.

Por todo lo anterior el Tribunal consideró que las autoridades italianas no habían valorado equilibradamente los intereses en juego y considera que la separación del niño de los padres fue excesiva existiendo, por tanto, una violación del artículo 8 del CEDH. No obstante, esta violación del CEDH, no puede entenderse, señala el Tribunal, como que obliga al estado italiano a devolver al niño a los demandantes teniendo en cuenta que el niño había desarrollado lazos emocionales con la familia de acogida con la que vive desde el año 2013.

### **Caso Dubská y Krejzová v. República Checa (2014)**

En el presente caso las demandantes alegan que la legislación checa prohíbe a los profesionales de la salud asistir a partos domiciliarios y consideran que este hecho vulnera el artículo 8 del CEDH.

Dieciséis Estados miembros permiten expresamente el parto domiciliario bajo ciertas condiciones y en otros la cuestión del parto domiciliario no está regulada expresamente en la ley. De hecho, el enfoque de los partos domiciliarios con la asistencia de un profesional de la salud difiere entre los países. En algunos de ellos las matronas asisten a partos domiciliarios y esta práctica es tolerada (Estonia, Finlandia, Malta, España y Turquía). En algunos países, como Estonia y Eslovenia, se está considerando regular la asistencia profesional en partos domiciliarios planificados. En sólo unos pocos Estados un profesional de la salud puede hacer frente a una sanción por el simple hecho de haber asistido a un parto domiciliario planificado (Croacia, Lituania y Ucrania).

Considera el TEDH que dar a luz es un aspecto particularmente íntimo de la vida privada de una madre que atañe a la integridad física y psicológica, intervención médica, información sobre la salud reproductiva y la protección de la salud. Asimismo considera el Tribunal que las decisiones que afectan a las circunstancias de dar a luz, incluyen la elección del lugar donde dar a luz, y por lo tanto, entra dentro del ámbito de la vida privada de la madre, a efectos del artículo 8 del CEDH.

Señala el TEDH que no existen motivos para dudar de que la política que prohíbe a los profesionales de la salud asistir a partos domiciliarios fue diseñada para proteger la salud y la seguridad del recién nacido durante y después del parto y, al menos indirectamente, la de la madre. En consecuencia, cumple el legítimo objetivo de la protección de la salud y de los derechos de terceros en el sentido del artículo 8.2 del CEDH.

Continúa señalando el Tribunal que, el presente caso, implica una cuestión compleja de la política sanitaria que requiere una evaluación por parte de las autoridades nacionales de los datos relativos a los riesgos de los partos en hospitales y en domicilios. Dejando de lado su vulnerabilidad física, los recién nacidos son completamente dependientes de las decisiones tomadas por otros, lo que justifica una fuerte implicación por parte del Estado. Por otra parte, la cuestión de los partos en casa plantea una cuestión

sobre la que no hay una opinión común a todos los Estados miembros e implica consideraciones de políticas generales, económicas y sociales del Estado, incluida la asignación de recursos financieros como establecer un adecuado sistema de emergencia que puede implicar un cambio de los medios presupuestarios del sistema general de los hospitales maternos a una nueva red de seguridad para partos domiciliarios. A la luz de estas consideraciones el Tribunal es de la opinión de que “el margen de apreciación” que debe otorgarse al Estado demandando debe ser amplio.

En este sentido y teniendo en cuenta el argumento del Gobierno de que el riesgo para los recién nacidos es mayor respecto a los partos domiciliarios que respecto a los partos en hospitales maternos completamente equipados y con la totalidad del personal, el Tribunal es consciente de que, incluso si un embarazo parece no presentar complicaciones, pueden surgir dificultades inesperadas durante el parto, como la aguda falta de suministro de oxígeno al feto o hemorragias abundantes, o situaciones que requieren una intervención médica especializada, como una cesárea o la necesidad del recién nacido de recibir asistencia neonatal. Por otra parte, en el curso de un parto en el hospital, la institución puede proporcionar la atención necesaria inmediata o intervenir, lo que no sucede en un parto domiciliario, incluso uno atendido por una matrona. El tiempo empleado en llegar a un hospital si tales complicaciones ocurren de hecho podría dar lugar a mayores riesgos para la vida y la salud del recién nacido o de la de la madre.

Por lo tanto, a la luz de estas circunstancias, el Tribunal concluye que las demandantes no tuvieron que soportar una carga desproporcionada y excesiva, no existiendo, por tanto, una vulneración del artículo 8 del CEDH.

### **4. CONCLUSIONES**

Para finalizar, y con el objeto de dar una visión general sobre los criterios de la jurisprudencia del TEDH en los campos aquí tratados, se puede concluir que:

1) La protección de los datos de carácter personal, especialmente de la salud, tiene un papel fundamental para el TEDH. Sin esta protección, los pacientes podrían abstenerse de aportar informaciones necesarias para la prescripción de tratamientos, lo que podría poner en peligro su salud y, en los casos de enfermedades transmisibles, las de la colectividad.

2) Considera el TEDH que la excepción a la confidencialidad debe estar prevista en el derecho interno pero no sólo basta con cumplir este requisito sino que también se exige que dicha excepción sea lo suficientemente precisa para que las personas puedan conocerla.

3) La excepción a la confidencialidad debe estar orientada a la protección de los derechos de las demás personas y debe ser proporcional al fin perseguido.

4) En cuanto al acceso a los medicamentos no autorizados fuera de los ensayos clínicos para determinados pacientes, especialmente para los que sufren una enfermedad terminal, considera el TEDH que no existe la obligación de regular de manera particular dicho acceso, no estando obligados los Estados a colmar las diferencias entre los niveles de atención médica de los distintos países.

5) La prohibición de FIV heteróloga es compatible con el CEDH. Sin embargo no es compatible con el CEDH prohibir el diagnóstico genético preimplantatorio para seleccionar un embrión no afectado por una patología si luego esa patología permita abortar.

6) La prohibición a los profesionales de la salud de asistir a partos domiciliarios es compatible con el CEDH.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos